
3 2044 059 177 717


VE
RI
TAS

G. ROIJAARDS.

IETS OVER ERFSTELLING DOOR OVEREE

NAAR AANLEIDING VAN

ART. 224 EN VOLGG. VAN HET B.

VAN DEN SCHRIJVER.

R

IETS OVER ERFSTELLING DOOR OVEREENKOMST

NAAR AANLEIDING VAN

ART. 224 EN VOLGG. VAN HET B. W.

Stoom-Snelpersdruk van J. van Boekhoven, Utrecht.

IETS OVER ERFSTELLING DOOR OVEREENKOMST

NAAR AANLEIDING VAN

ART. 224 EN VOLGG. VAN HET B. W.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT,

NA MACHTIGING VAN DEN RECTOR MAGNIFICUS

Dr. J. J. VAN OOSTERZEE,

GEWOON HOOGLEERAAR IN DE GODGELEERDHEID,

MET TOESTEMMING VAN DEN ACADEMISCHEN SENAAT

EN

VOLGENS BESLUIT DER RECHTSGELEERDE FACULTEIT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

Doctor in het Romeinsch en Hedendaagsch Recht,

AAN DE HOOGESCHOOL TE UTRECHT,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

OP ZATERDAG 27 JUNI 1868, DES NAMIDDAGS TE 1 URE,

DOOR

GODFRIED ROIJAARDS,

GEBOREN TE UTRECHT.

UTRECHT,

J. L. BEIJERS.

1868.

For T Y

R

7/23/29

AAN MIJNE MOEDER.

INHOUD.

Bladz.

HOOFDSTUK I.

HOOFDSTUK II.

HOOFDSTUK VIII.

INLEIDING.

Erfstellingen in huwelijksvoorwaarden, die in de vorige eeuw, ook hier te lande, algemeen in gebruik waren, hebben menigmaal tot onderwerp gediend voor Academische proefschriften. Het geschiedde voornamelijk in den aanvang der 18e eeuw, toen de natuurrechtsschool van Wolff veel er toe bijbracht om de algemeene geldigheid van dit instituut te doen aannemen. [1])

Thans is dat alles veranderd. Erfstellingen door overeenkomst, die in het Pruissisch en Oostenrijksch wetboek erkend zijn, zijn in de Fransche en Hollandsche wetgeving niet meer uitdrukkelijk genoemd. Daarom is het eene strijdvraag onzer dagen geworden: Is dit Instituut bewaard gebleven, of is het verdwenen tegelijk met zooveel wat de revolutie wegvaagde?

Als eene bijdrage tot het beantwoorden dier vraag tracht ik eene schets te geven van het ontstaan en de ontwikkeling dier erfstellingen, ook in ons vaderland.

Zij werden hier ingevoerd door de gewoonte, maar het

---

[1]) Wij vinden proefschriften uit die dagen, met opdrachten aan den Drieëenigen God en de moedermaagd Maria.

Fransche en Duitsche recht werkten in op de ontwikkeling van het Instituut hier te lande. Daarom is een blik op de Duitsche Erbverträge en de Fransche Institution contractuelle noodzakelijk.

Wat het ontstaan dier erfstellingen betreft, zal mijn betoog grootendeels negatief zijn, en vooral strekken tot wederlegging der meening van verschillende schrijvers, die haar òf uit het Romeinsche recht òf uit de volksrechten òf uit de Duitsche Vergabungen, afleiden:

Zij konden niet ontstaan bij de Romeinen, waar de vrijheid van den individuelen wil bijna onbegrensd was, en die vrijheid zoowel in het recht van eigendom als in het recht om uiterste wilsbeschikkingen te maken, erkend werd.

Zij konden evenmin ontstaan bij de Germanen, waar in het zakenrecht de Gewehre, en in het erfrecht het recht der naaste erfgenamen, juist van een geheel tegenovergesteld beginsel uitgingen. Daarom bood alleen het Leenstelsel een grondslag aan, waarop de erfstelling door overeenkomst zich kon ontwikkelen. Ingevoerd door het Leenwezen, en ontstaan uit de behoeften van den Riddertijd, bevreemdt het, dat zij niet reeds lang, met al de misbruiken der middeleeuwen, is te niet gegaan. Maar dit geschiedde niet, omdat zij reeds vroeg van een adels-voorrecht, gemeen goed van elken burger geworden was. Zij was dienstbaar gemaakt aan de belangen van het huwelijksleven, en op dien grond bleef zij voortleven toen al wat uit het Leenwezen te voorschijn gekomen was, te gronde ging; en met recht, want juist het onherroepelijke, dat de erfstelling door overeenkomst kenmerkt, past bij eene instelling, die, als het huwelijk, voor het leven wordt aangegaan. Vandaar dat zulke erfstellingen, in Duitschland, ook thans nog algemeen in gebruik zijn.

Maar juist die algemeene gewoonte gaf aanleiding, dat men dit onderwerp meer naauwkeurig beschouwde en zich van

haar juridisch karakter rekenschap afvroeg. Daaromtrent zijn thans de rechtgeleerden in twee partijen verdeeld. Terwijl sommigen er eene overeenkomst inzien, die erfrecht in het leven roept, zien anderen er een eenvoudig testament in, met eene obligatoire overeenkomst van niet te zullen herroepen.

Laat ons bij deze vraag een oogenblik stilstaan. Er is hier geen sprake van eene overeenkomst omtrent een opengevallen erfenis. Zulk een pactum de hereditate delata valt geheel buiten ons onderwerp, en is eene overeenkomst waaruit niets anders dan eene verbindtenis ontstaat. Maar ook overeenkomsten omtrent het beërven van een nog levend persoon kunnen tweeledig zijn. Zij kunnen gesloten worden over de beërving van derden, maar ook door den erflater zelven worden aangegaan over zijne toekomstige beërving. Alleen met de laatste soort hebben wij te maken. Zulke overeenkomsten mogen in Frankrijk en bij ons alleen in huwelijksvoorwaarden gemaakt worden, in Duitschland op alle mogelijke wijzen. Is nu zulk eene erfstelling een onherroepelijk testament, wat in de verhandeling van Hartmann [1]) beweerd wordt of eene erfrechtelijke overeenkomst, zooals Beseler [2]) en von Gerber [3]) leeren?

Vooraf echter wensch ik kortelijk de dwaling aan te toonen, voornamelijk der Fransche Juristen van de vorige eeuw, die, in de Institution contractuelle eene schenking zagen, en zich dan verder verdiepten in den strijd, of het eene schenking was ter zake des doods of eene schenking onder levenden.

Wij zullen eerst de hoofdtrekken der schenking ons in het geheugen moeten terugroepen om die vraag te kunnen behandelen. Men kan met schenking, donatio, twee zaken bedoe-

---

[1]) Hartmann, *Zur Lehre von den Erbverträgen.* Braunschweig, 1860.

[2]) Georg Beseler, *Die Lehre von den Erbvertragen.* 3 Bände.

[3]) de Gerber, *de pactis hereditariis programma.* Jenae 1862.

len; men bedoelt daarmede of elke vrijgevigheid, welke ook, of alleen de Romeinsche donatie, die geen bijzonder Instituut is, maar een bijzonder karakter geven kan aan verschillende instituten. Het eerste, onbepaalde, begrip moet hier buiten aanmerking blijven: het is alleen de vraag, of de erfstelling eene schenking is in den tweeden zin.

Eene schenking, leert von Savigny, heeft de volgende hoedanigheden; zij moet zijn eene handeling onder levenden; de begiftigde moet rijker worden, en daardoor de schenker armer, de wil van den schenker moet op het rijker maken van den begiftigde door eigen verlies gericht zijn. Dat dus het erfgenaam maken geen gift is, valt in het oog, want niemand wordt daarbij armer om een ander rijker te maken. De plaats, die ledig is geworden, wordt dadelijk ingenomen. Er is niet uit het eene vermogen iets uitgegaan om te komen in een ander, maar alleen het levende wezen, dat in zijn persoon de drager was van het vermogen, is verwisseld. Daaruit blijkt het hoe onjuist het is te spreken van een don de succession. Nog een ander bezwaar doet zich op. Het was een karaktertrek van het Instituut dat wij behandelen, dat het dikwijls wederkeerig gesloten werd, en juist in dat geval past het begrip van schenking het allerminst. Een erfstelling dus is iets geheel anders dan eene gift van tegenwoordige en toekomende goederen. De eerste maakt een erfgenaam, de laatste alleen een begiftigde, en het practische verschil bestaat hierin dat de eerste aansprakelijk is voor de schulden, de laatste daarvan bevrijd is; en zelfs als er uitdrukkelijk bij de schenking bedongen is, dat de begiftigde alle schulden zal afbetalen, dan blijft altijd nog dit verschil bestaan, dat de begiftigde van den erfgenaam afgifte der goederen zal moeten vragen, terwijl alleen de erfgenaam direct voor de schulden aansprakelijk, en hetgeen hij reeds betaald mocht hebben slechts actione ex contractu kan terugvorderen van den begiftigde.

Eene erfstelling kan dus nimmer eene schenking onder levenden genaamd worden. Evenmin eene schenking ter zake des doods. Het kenmerkend onderscheid tusschen beide is immers alleen hierin gelegen, dat de laatste slechts geldig is, wanneer de begiftigde vóór den schenker of gelijktijdig met hem sterft. In alle overige opzigten deelt zij in de natuur der gewone schenkingen, daar de herroepelijkheid niet tot het wezen behoort der schenkingen ter zake des doods.

De geheele twistvraag, die zoolang de Laurière en Furgole bezig hield, vervalt dus.

Is de erfstelling dan een herroepelijk testament? Evenals dit is het eene erfstelling, maar eene erfstelling berustende op overeenkomst. Welk verband er tusschen beiden is zal thans een punt van onderzoek moeten uitmaken. Aan den eenen kant heeft men geleerd, (en het is Beseler die dit gevoelen voorstaat), dat het eene erfrechtelijke overeenkomst is. Niet eene verbindtenis, maar een erfrecht ontspringt er uit. Aan den anderen kant (deze is de meening, door Hartmann gepredikt en ook door Unger en Arndts voorgestaan) is het een zamengesteld instituut, dat men eerst moet ontleden om tot een helder inzicht te komen. Vooreerst dan eene erfstelling, eene vrije, evenals het testament, herroepbare, eenzijdige wilsuiting van den erflater, en eene obligatoire overeenkomst waarbij de erflater jegens hem, dien hij instelt, zich verbindt die beschikking niet meer te zullen herroepen. Laat ons zien welke van beide gevoelens het aannemelijkst voorkomt.

De vraag, welk recht overgaat van den erflater op den erfgenaam is ook thans nog een betwist punt. Terwijl Puchta leert dat het een recht is aan het vermogen, steunende op een recht aan den persoon, die daarvan het onderwerp is, en er dus toe kwam om te verklaren dat het een recht is aan de, in den erfgenaam overgegane, persoonlijkheid van den erflater, spreekt Keller van eene voortzetting der oekonomi-

sche persoonlijkheid. Volgens Arndts, gaat de vermögensrechtliche Persönlichkeit over; dit bestrijdt weder Unger, die van al die hoogdravende termen niets weten wil, en eenvoudig leert dat de erfgenaam den erflater in zijn vermogen opvolgt. Hij nadert daardoor tot het gevoelen van Windscheid, die het erfrecht als een zakelijk recht beschouwt op het vermogen, maar als bewijs daarvoor alleen zich beroept op een plaats van Gaius II. 17. Juist om het onderscheid tusschen zakelijk recht en erfrecht duidelijker te doen uitkomen geloof ik dat het beter is te spreken van eene «vermögensrechtliche Persönlichkeit» die overgaat. Maar hoe wordt nu die overgang geregeld? Door de wet of de vrije willekeur. Het eerste dogma licht buiten ons bestek. Alleen met het laatste hebben wij ons bezig te houden: de verklaring van den erflater, dat een bepaald persoon zijn erfgenaam zal zijn is onderworpen aan de algemeene regelen der wilsverklaringen. Welke is de kracht daarvan? Bij het leven dezelfde als van elke andere, want daar hieruit geen plicht ontstaat voor hem die zijn wil verklaarde, kan er ook geen recht uit ontstaan voor anderen. Nu sterft de erflater, en wie erfgenamen zijn bepaalt de gedane wilsverklaring. Welk recht verkrijgt dan die erfgenaam? dat om te aanvaarden, het Jus succedendi, en als hij heeft aanvaard, is hij opgevolgd in al de rechten van den overledene. Hij heeft het Jus successionis. Alsdan is overgegaan wat wij zoo straks bespraken. Ziedaar de Romeinsche beschouwing. Houdt die stand in het erfrecht der volgende periode? In Duitschland was testamentaire erfopvolging eerst geheel buitengesloten. Zij werd door de geestelijkheid ter sluiks in stand gehouden, en kwam eerst na de opname van het Romeinsche recht algemeen in zwang. In Frankrijk gold sinds de 13 eeuw de regel: le mort saisit le vif, maar het sloeg alleen op de successio ab intest., die oppermachtig, ook nu nog, den scepter zwaait. Want slechts over een klein

gedeelte was het recht van beschikking gegeven, en de aldus bevoordeelde was geen erfgenaam maar slechts donataris.

Van de eenzijdige wilsverklaring komen wij thans op de overeenkomst. Deze is, leert von Savigny: „die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden." Men heeft obligatoire overeenkomsten, maar ook andere. Niet alleen een vorderingsrecht, ook een zakelijk recht kan daaruit ontstaan bijv. hypotheek, servituut. Zulk eene overeenkomst nu gesloten tusschen een erflater, en hem dien hij tot zijn erfgenaam benoemde, had erfrecht ten gevolge, waarvan niet het ontstaan, maar de uitoefening, aan eene voorwaarde was gebonden, n.l. aan den dood van den erflater.

Tegen die meening zijn bezwaren geopperd door Gustav Hartmann.

Hoe zal men dat recht verwezenlijken, vraagt hij, want daartoe kan de hereditatis petitio niet dienen? Deze grondt zich op de delatie, die reeds geschied is, en hier is sprake van een recht om de delatie te eischen.

Maar ik geloof, dat hij de vraag verkeerd stelt. Het recht, waarvan sprake is, bestaat hierin om door aanvaarding de persoonlijkheid van den ander voort te zetten. Hoe kan van de uitoefening van dat recht sprake zijn bij het leven van den erflater? Eerst op het oogenblik van den dood begint het te leven, en daarom is inderdaad de hereditatis petitio de actie. Daarmede vordert men niet het recht van erfgenaamschap, maar als erfgenaam, krachtens het erfrecht, vordert men de rechten, die daaruit voortvloeien.

Als Hartmann verder vraagt: Wat voor plicht staat tegenover dit recht? dan antwoorden wij: niet de nietherroeping, want indien tegenover het recht van den eenen contractant een plicht stond van den anderen, was het een gewoon obligatoir contract. Hier is het geval anders. Hunne samen-

werking heeft het recht daargesteld, en het legt niet alleen een plicht op aan een van hen, maar ook aan derden, den plicht om dat recht te erkennen. Zoo ontstond ook als een servituut door stipulatie daargesteld was, voor geen der contractanten eene obligatie, want wat hier als praestatie zou kunnen worden aangemerkt, was het daarstellen van het servituut, en dat dit recht daargesteld werd, was juist het gevolg van de stipulatie, daarom bleef er niets meer te praesteeren over. Daarmede beantwoordt zich van zelve de vraag: Hoe is eene schending van het recht mogelijk? De medecontractant kan niet schenden, maar derden, die zich als erfgenamen willen laten gelden. Laat hij zijne zaken vervreemden, wegschenken, het zal hem alles geoorloofd zijn, zonder dat degene, met wien hij over zijne beërving is overeengekomen, daar iets tegen doen kan. Want de overeenkomst betrof alleen het beërven. Indien hij geene goederen mocht vervreemden, mocht wegschenken, zoo ware het een gift van tegenwoordige goederen, geen erfstelling door overeenkomst. Al laat hij slechts schulden na, men moge het hard vinden, maar de ijzeren consequentie dwingt ons te verklaren, dat de ander daar niets tegen zal kunnen doen.

Tegen de leer van Hartmann, hoe scherpzinnig ook ontwikkeld, pleit daarenboven de geheele ontwikkeling van het instituut, namelijk dat de erfstelling geoorloofd was, ook daar waar de testamenten niet in zwang of verboden waren, en dat terwijl deze slechts begiftigden maakte, erfstelling door overeenkomst integendeel erfgenamen in het leven riep.

EERSTE HOOFDSTUK.

Erfstelling door overeenkomst in het Romeinsche recht.

Over eene hereditas delata mocht in het Romeinsche recht eene geldige overeenkomst gesloten worden. Dit wordt door allen erkend.

Anders was het gesteld met overeenkomsten, waarbij over de beërving van een nog levend persoon gehandeld werd, onverschillig of de erflater zelf de overeenkomst had aangegaan omtrent zijne eigene beërving, of wel het de beërving gold van derden. Evenmin had de overeenkomst rechtsgeldigheid, waarbij over afstand van erfrecht gehandeld werd.

Laat ons thans zien wat over elk dezer onderdeelen het gevoelen was der Romeinsche juristen.

Vooreerst dan de stipulatio „si heredem me non feceris, tantum dare spondes" was krachteloos, quia contra bonos mores est haec stipulatio [1]), en wij vinden deze uitspraak van Julianus bevestigd door keizerlijke constitutiën.

Ex eo instrumento, verklaren Diocletianus en Maximianus, nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de

---

[1]) Lex 61 D de verb. obl.

successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint [1]). In 259 verklaarden Valerianus en Gallienus, dat eene overeenkomst die de vader had aangegaan bij het geven der dos, en volgens welke na zijnen dood de dochter, gelijkelijk met den zoon zou erven, krachteloos was [2]), en hetzelfde zeggen met andere woorden, 31 jaren later, Diocletianus en Maximianus „nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur"; hieraan gaan dan de bekende woorden vooraf: «Hereditas extraneis testamento datur» [3]). Wel zijn deze woorden — ik geef het gaarne Hartmann toe — op zich zelve nog niet voldoende om als bewijs te dienen, dat erfstelling door overeenkomst bij de Romeinen onbekend was; in hun zamenhang echter met de andere plaatsen, die wij reeds aanvoerden, spreken zij slechts duidelijker uit wat ook de andere bedoelden: het testament is de eenige vorm, waarin aan niet verwanten erfrecht kan gegeven worden.

Maar al zag men ook in al deze plaatsen geen grond voor het aannemen van eene erfstelling door overeenkomst in het Romeinsche recht, toch beweerde men in de Lex 19 Cod. de pactis daarvoor een bewijs te hebben gevonden. Wij lezen daar: Licet inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat, tamen quum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu deque familiaris rei decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi judicii

[1]) Lex 4 Cod. de inut. stip.
[2]) Lex 15 Cod. de pactis.
[3]) Lex 5 Cod. de pactis conv.

obtineat, proponasque, te ac fratrem tuum, ad discrimen praelii pergentes, ob communem mortis fortunam invicem esse pactos, ut ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent, exsistente conditione intelligitur, ex fratris tui judicio, quod principalium constitutionum promto favore firmatur, etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.

Over de verklaring van deze plaats is men het thans vrij wel eens: niet als een pactum de futura successione maar als ultima voluntas, die de gestorvene in den voor soldaten voorgeschreven vorm had uitgedrukt, werd het testament geldig verklaard.

Van dezelfde keizers bezitten wij nog eene andere constitutie, handelende over de geldigheid eener belofte om tot erfgenaam in te stellen. Het geval was dit: Een broeder was over zijne twee zusters tot voogd aangesteld; na afloop der voogdij hadden deze eene vordering tegen hem behouden, die de broeder weigerde te voldoen. Eindelijk was eene dading gesloten, waarbij de zusters van hare vordering afzagen, en de broeder beloofde haar tot zijne erfgenamen in te stellen. Hij was gestorven, zonder die belofte gestand te doen, en op de klacht der zusters verklaarde nu de keizer, dat het opgeven van de vordering had plaats gehad in wettigen vorm, en dus geldig was, dat de belofte bovendien geene verbindende kracht had, en dat niemand kon gedwongen worden eene belofte omtrent zijne beërving gestand te doen. [1])

Dus responsa en constitutiones leiden tot dit resultaat: de overeenkomst door iemand over zijne erfenis gesloten is niet verbindend.

Wat was wel de reden van dit verbod? De plaatsen die

---

[1]) Lex 33 Cod. de transact.; Diocl. et Max. 294—305.

wij aanvoerden, geven hetzelfde antwoord als Papinianus: de vrijheid van uiterste wilsbeschikking mag niet worden aan banden gelegd. [1])

Hiervoor een grond te zoeken is ijdel. Het was een volksbegrip, den Romeinen, ik zou haast zeggen, aangeboren, sedert dat de 12 tafelen het: uti legasset ita jus esto tot algemeen beginsel hadden gemaakt.

Wij gaan over tot het tweede punt, een pactum de hereditate tertii viventis. Eene zoodanige overeenkomst was nietig. Si hereditas venierit ejus, qui vivit, aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit. [2]). Als straf werd aan den kooper het recht van opvolging ontnomen: quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit (Papinianus, [3]) nam ei ut indigno aufertur hereditas [4]); en hetzelfde verklaart Marcianus: Idem erit si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicujus cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur. [5]) Wat zoude de reden dezer uitspraak zijn? Hier was het de regel: «viventis nulla hereditas,» waar aan was te kort gedaan [6]); en alleen in dat geval was de overeenkomst geldig, als hij over wiens erfenis gehandeld was, er zijne goedkeuring aan gehecht had; want dan werd het tot eene overeenkomst omtrent de eigene beërving teruggebracht, en daarom gold de rechtsregel, die daarop betrekking had dan weer, en veroorzaakte, dat die gegevene toestemming elk oogenblik kon worden teruggenomen.

---

[1]) Lex 52 § 9 D. pro socio.
[2]) Lex 1 D. de hered. vend.
[3]) Lex 29 § 2 D. de donat.
[4]) Lex 30 D. de donat.
[5]) Lex 2 § 3 D. de his quae ut indign. auf.
[6]) Lex 2 § 2 D. de vulg. subst.

Wat het geval betreft, dat afstand van erfrecht het onderwerp was der overeenkomst, een advies van Papinianus [1]) en eene constitutie van Alexander [2]) van het jaar 230 bevatten nagenoeg het zelfde. Als de vader bij het verleenen der dos eene overeenkomst aangaat met de dochter, waarbij deze van haar erfrecht in de vaderlijke nalatenschap afstand doet, is deze overeenkomst krachteloos, want, heet het, «privatorum cautionem legum auctoritate non censeri.»

Aldus was de toestand in den classischen tijd en de periode, die terstond daarop volgde. Het schijnt dat toen bij velen een begeerte ontwaakt was om over hun erfenis bij overeenkomst te beschikken, want van de zeven constitutiën over dit onderwerp zijn er vier alleen van Diocletianus en Maximianus.

Dat streven werd door de keizers gefnuikt, en het bleef bij het oude recht: de overeenkomst was niet verbindend.

Twee eeuwen verloopen er, eer weder eene constitutie wordt uitgevaardigd over ons onderwerp. Het is thans Justinianus, die, overal wijzigend en omwerkend, hier echter zich hield aan het oude recht. In eene constitutie van het jaar 531 [3]), de vraag beantwoordende naar de geldigheid van overeenkomsten over de erfenis van een derden nog levenden persoon, noemt hij ze: pactiones odiosae et plenae tristissimi et periculosi eventus, en verklaart dan, dat zoodanige overeenkomsten, als met de goede zeden in strijd, als nietig moeten beschouwd worden, en dat zij alleen geldig zullen zijn, wanneer de persoon, wiens nalatenschap het geldt, daartoe zijne toestemming gegeven heeft, en in die toestem-

---

1) Lex 16 D. de suis et legit.

2) Lex 5 Cod. de collat.

3) Lex ult. Cod. de pactis.

ming tot aan zijnen dood toe volhard heeft, want in dat geval wijkt alle kwaad vermoeden.

Eene verklaring van Leo, den wijsgeer, zou belangrijk zijn voor ons onderwerp, indien zij niet ware uitgevaardigd in het laatst der 9 eeuw, en daardoor geheel op zich zelve staat. De novella 19 van Leo «de pacto paterno, ex aequo heredem futurum filium», gold toch alleen in het Oostersche rijk, dat reeds zijnen ondergang naderde, en daar zij niet was opgenomen in het Romeinsche recht, zooals dat door de rechtsgeleerden van Bologna geleerd werd, deelde ze niet in de receptie, die dit tegemoet ging. Wij kunnen derhalve volstaan met de hoofdbepaling mede te deelen, dat de vader, bij het huwelijk van zijnen zoon, met dezen kon overeenkomen, dat hij voor een gelijk deel als zijn broeder erfgenaam zou zijn der vaderlijke goederen, en dat alsdan deze overeenkomt niet meer mocht worden herroepen. Het was dus eene ware erfstelling door overeenkomst, die geldig werd verklaard, geheel in strijd met alle vroegere constitutiën en consilia; eene op zich zelf staande bepaling, die van geen invloed was hoegenaamd noch op het Romeinsche recht, dat ging herleven, noch op het Germaansche dat in zijn ontstaan was.

Vóór wij echter van het Romeinsche recht afstappen, moeten wij nog met een enkel woord het beweren tegenspreken van hen, die meenen dat eene erfstelling bij overeenkomst in de oudste tijden aan de Romeinen bekend was, namelijk in het testament per aes et libram, eene bewering die op geenen deugdelijken grond hoegenaamd steunt en waarvan reeds Hasse getuigde [1]) dat het „slechts eene later weder opgegevene voorstelling van enkelen" was. Bij Gajus

---

[1]) Rheinisches Museum fur Jurispr. II p. 155.

vinden wij eene uitvoerige beschrijving van de wijze waarop deze erfstelling plaats vond [1]). Het aannemelijkst komt mij de volgende verklaring voor, die daarvoor gegeven is door Beseler [2]). Het testament per aes et libram werd waarschijnlijk door de Plebejers ingevoerd, die zich van het testament in de comitiën niet konden bedienen. Door volksgewoonte kon het echter niet worden geldig verklaard; daarom moest men een omweg te baat nemen, en zoo zien wij hetzelfde geschieden wat, in de middeneeuwen, in Duitschland plaats had. Gelijk men daar door de Vergabung von Todes wegen aan eene gevoelde behoefte te gemoet kwam, zoo alhier door de mancipatio. Op welke wijze dit nu plaats vond is niet met zekerheid te bepalen. De mancipatio was eene handeling onder de levenden, maar men gebruikte de lex mancipationis om allerlei bedingen te maken, bijv. dat de vorige eigenaar levenslang het vruchtgebruik der goederen zou behouden. Sinds de wet der 12 tafelen schijnt echter ook aan de Plebejers het recht van testeeren te zijn toegekend. Getrouw aan hunne gewoonte om ook, waar het wezen der zaak veranderde, oude vormen te behouden, bleven zij zich ook in het vervolg van de mancipatio bedienen, maar voegden daar nu eene testatio bij. Aldus vervormde zich de eigendomsoverdracht van eene handeling onder levenden in eene handeling ter zake des doods, in een testament.

---

[1]) Gajus II 102—105.

[2]) Erbvertrage II pag. 84.

TWEEDE HOOFDSTUK.

Het erfrecht in het tijdvak der Volksrechten.

Het Westersch Romeinsch keizerrijk ging zijnen ondergang te gemoet en eene nieuwe maatschappij begon op haar puinhoopen te verrijzen.

Het was niet de oude bevolking, die het slavenjuk had afgeschud, het waren niet de Gallen, die Caesar bestreden, noch de Cherusken, die Germanicus weerstaan hadden, maar uit het verre Oosten en Noorden kwamen zij getogen, die de grondleggers zijn zouden eener nieuwe beschaving. Germanen waren het, in talrijke horden verdeeld en onderling telkens in strijd, die eerst de Romeinsche grenzen bewaakten, later ze overschreden, en een einde maakten aan een wanbestuur, dat vele eeuwen getrotseerd had. Nieuwe denkbeelden brachten zij met zich, vreemde gewoonten en zeden, die, in het oorlogsvuur gelouterd, door den tijdgeest gewijzigd, langzamerhand algemeen werden aangenomen.

Plundering en roof was de strijdleus dier dagen, en het recht van den sterkste het beginsel dat zegevierde. Aan die wanorde een einde te maken, die ongeordende toestanden te regelen scheen een werk, dat voor de geestelijkheid was weg-

gelegd, meer nog dan voor den oppermachtigen heerscher, wiens bepalingen meestal na zijnen dood weder hare kracht verloren. Maar eene geordende maatschappij vermocht ook zij niet daar te stellen, en eerst het leenstelsel volbracht wat vroegere eeuwen te vergeefs hadden beproefd.

Het waren vooral de West-Gothen, die, aan de boorden van den Donau gezeteld, hun voordeel deden met den naijver, die het Oostersch en Westersch keizerrijk verdeelde.

Radagais met zijn' vijfmaal honderd duizend man trok naar Rome op, en niet de legioenen, die Stilicho in allerijl uit Brittanië en Gallië terugriep, maar ellende en gebrek in het vijandelijke leger, redden ditmaal Rome. De provinciën, thans van legerscharen ontbloot, lagen open voor de indringende barbaren. In Neder-Duitschland en België trokken de Franken, in Opper-Duitschland de Burgundiërs. De landen der Helvetiërs en een gedeelte van Rhaetië bezetten de Alamannen, terwijl Sueven, Alanen en Vandalen Zuid-Frankrijk verwoestten, en een deel van hen, over de Pyreneeën, in Spanje zich uitbreidde.

Maar Stilicho viel, en de moord aan de Germanen gepleegd deed Alarik besluiten tot een tocht naar Italië. Driemalen verscheen hij voor Rome, en de trotsche keizerstad boog het hoofd voor den overweldiger uit het Noorden. Het uur van Rome's ondergang scheen geslagen. Maar wat vreemde legerscharen niet vermochten, dat bewerkte de bevalligheid van Placidia, en Athaülf trok af naar Gallië.

Zijne opvolgers vermeesterden bijna geheel Spanje, onderwierpen de Alanen, drongen de Sueven tot in Gallicië terug, en verjaagden de Vandalen naar Afrika, waar zij een nieuw rijk vestigden op de puinhoopen van Carthago.

Inmiddels dringen de Burgundiërs uit het Oosten, de West-Gothen uit het Zuiden op de Loire aan, en in de woonplaatsen, die de eersten verlaten, vestigen zich thans de

Alamannen; de Franken breiden zich uit tot aan de Somme.

Aldus was de toestand der voormaals Gallische provinciën, toen voor het eerst Clodovech over alle Frankische stammen het oppergezag verkreeg.

De West-Gothen worden tot over de Pyrenaeën terug gedrongen, de Burgundiërs en Alamannen verslagen, en de eerste Christenkoning wordt de stichter van het Frankische rijk.

Maar de kinderen verstoorden het werk, dat de vader had aangevangen, en onophoudelijke oorlogen, die meestal in familieveeten hunnen oorsprong namen, verdeelden de nieuw gevormde rijken van Austrasië en Neustrië, Burgundië en Aquitanië.

De zwakke dynastie der Merovingiërs moest wijken voor de zich ontwikkelende macht der majores Domi, en onder de sterke hand der Pepiniden begon er eenheid te komen in het staatsbestuur; eene nieuwe wereldheerschappij scheen, onder den scepter van Karel den Groote, te verrijzen.

Het is ons doel kortelijk de rechtsontwikkeling na te gaan in dit tijdperk, dat aanvangt met de volksverhuizing en eindigt met Karel den Groote, waarin de verschillende stammen hun zwervend leven langzamerhand vaarwel zeggen en vaste woonplaatsen innemen, waarin hunne aaneensluiting volken vormt, en het tijdvak der leenroerigheid wordt voorbereid.

De volksrechten, de formulae en de capitularia der Frankische koningen bieden eene rijke bron aan voor het onderzoek naar het erfrecht dier tijden, en stellen ons in staat de vraag te beantwoorden, of, gelijk sommigen gemeend hebben, de erfstelling door overeenkomst in die dagen haren oorsprong genomen heeft.

Zooals bekend is, ontstond in dit tijdvak het stelsel der persoonlijke rechten. Het was niet aan de Germanen van

ouds bekend, en steunde niet, zooals men vroeger wel eens beweerd heeft, op de vrijheidsliefde die men bij hen, meer dan bij anderen, meende aan te treffen, maar het werd uit de noodzakelijkheid geboren, en hield zich staande, totdat zelfstandige natiën uit de vermengde volkstammen te voorschijn traden.

De indringende horden der Barbaren verdelgden de Romeinsche bevolking, die zich onderwierp, niet, maar liet haar hare eigene wetgeving behouden.

Wanneer later, door verdere veroveringen en nieuwe verhuizingen de eene stam over den anderen, de Franken b. v. over de Burgundiërs en Alamannen, over de Thuringers en West-Gothen zegevierde, liet hij ook dezen in het genot hunner voorvaderlijke rechten en gewoonten. Van daar dat, zooals Agobardus [1]) verhaalt, soms van vijf personen, die toevallig bijeen waren, ieder aan andere wetten onderworpen was.

Naast het Romeinsche recht, tot welks instandhouding vooral de geestelijkheid het hare bijdroeg, zien wij zoo verschillende volksrechten ontstaan, verzamelingen van gewoonterecht, dat, als een tijdperk van rust het vergunde, en meestal door toedoen van eenen koning, in schrift werd gebracht.

Het meeste belang boezemt ons het Frankische recht in, want boven alle volkstammen waren het de Franken, die, terwijl de anderen zich verstrooiden of te gronde gingen, steeds in macht en aanzien stegen.

Daar de Gothen bijna voortdurend rondzwierven, nu hier dan daar zich trachtten te vestigen, maar, telkens verjaagd, nieuwe woonplaatsen moesten zoeken, kon hun werk niet duurzaam, moest hun streven om Germaansche en Romeinsche bestanddeelen te vereenigen vruchteloos zijn, en weldra verliezen wij hen geheel uit het oog.

---

[1]) Agobardi *Epist. ad Lud. P.* in Bouquet *Rerum Gallic. Script.* VI. 356.

Niet veel langduriger was het zelfstandig bestaan der Sueven. Door de Franken telkens voortgedreven, vindt men hen later als Marcomannen en Langobarden in Opper-Italië gezeteld.

De Saksen, die binnenlanden bewoonden, waren weinig bekend, en gering zijn de gedenkteekenen, die uit dit tijdperk van hen zijn overgebleven.

Maar de Franken traden als baanbrekers eener nieuwe beschaving op. Een blik op hun volksleven, zooals wij dat in de Lex Salica, het oudste der volksrechten, die wij kennen, vinden afgespiegeld, geeft ons daarom de beste gelegenheid den toestand dier wordende maatschappij te leeren kennen.

Volgens de nieuwste onderzoekingen dagteekent de lex Salica uit de jaren, die op de veroveringen van Chloio volgden en aan de regering van Clodovech voorafgingen [1]), uit de dagen, toen de grenzen van het Frankische rijk zich slechts uitbreidden tot aan het Kolenbosch, toen de Leye, niet de Loire, de grenslijn vormde zijner bezittingen.

De bepalingen omtrent de boeten, het weergeld der middeleeuwen, toonen ons aan, hoe de standen verdeeld waren.

De talrijksten, maar tegelijk de minsten in beteekenis waren natuurlijk de slaven. Zij werden als zaken beschouwd en hun weergeld was aan dat van een paard of van een os gelijk [2]). Allen stonden echter niet op gelijke lijn, en het meest in aanzien waren zij, die aan den persoon van een stamhoofd verbonden waren of die een nuttig handwerk uitoefenden [3]).

---

[1]) Tusschen 453 en 486.

[2]) Lex Salica X. 1. Si quis servum aut ancillam, caballum vel jumentum furaverit, 1200 din. qui faciunt sol. 30 culpabilis judicetur.

[3]) Lex Salica XXXV. 6 en 3.

6. Si quis vasso ad ministerium quod est horogavo, puellam ad ministerium, aut fabrum ferrarium vel aurifice aut porcario furaverit aut occiderit etc.

Veelvuldig tot het bebouwen van landerijen gebruikt, was hun toestand niet altijd dezelfde. Meestal ontvingen zij land ter bebouwing, waarvoor zij jaarlijks pacht en diensten moesten leveren, en de stamhoofden gebruikten hen, om op hun eigen kosten hunne landgoederen te bebouwen. Vrijlating bewerkte meestal slechts eene gedeeltelijke vrijheid, en een persoonlijke band bleef bestaan, die eerst door eene hernieuwde vrijlating kon worden opgeheven [1]).

Een tusschentoestand was die der Liten. Zij genoten persoonlijke vrijheid, maar waren afhankelijk van den heer, voor de gronden die zij bewoonden. Met het land, kon men ook hen vervreemden.

Hun weergeld was gelijk aan dat der Romeinen, en de helft van dat der vrijen. Wat de Liten bij de Saliërs waren, zijn de Aldionen bij de Alamannen en Beijeren, en ook daar staan de Rom. tributarii met hen op gelijken rang.

De Liten waren zeer talrijk. Vele vroegere vrijen zonken door machteloosheid, in de onrust dier dagen, tot dien stand neder. Slaven werden, door hunne vrijlating, daartoe bevorderd, en niet weinig droeg er toe bij, dat de akkers, die eenmaal aan een Lite gegeven waren, op alle de volgende bezitters die eigenschap overdroegen. — Bescherming door eenen meer machtigen was dan de vergoeding voor dit gemis van vrijheid en rechten.

De toestand der Romeinen was bij alle volkstammen verschillend. Bij de Ribuariërs komen ze als vreemdelingen voor. In Alamanië en Beieren als verplicht tot opbrengsten, in Rhaetië en Gallië, als vrije grondbezitters, terwijl bij de Saliërs hun toestand, zooals wij zagen, aan die der Liten gelijk was.

Boven Liten en Romeinen staan de volvrijen, de boni

---

[1]) Lex Rib. LVII. 1.

homines, de franci ingenui, terwijl hier en daar een adelstand, van oude tijden dagteekenende of nieuw zich vormende, nog boven dezen gaat.

Volkomen vrijheid en staatkundige rechten, voor zoover de Franken die kenden, waren alleen aan grondbezit verbonden. Hier naderen wij eene der moeilijkste onderwerpen uit het Germaansche recht. De toestand van het grondbezit bij de Germanen is een punt, waarover de meest verschillende meeningen zijn uitgesproken, en adhuc sub judice lis est.

Op het voetspoor van Möser had Eichhorn [1]) geleerd dat bij de oude Germanen veldgemeenschap en akkerverdeeling eene van ouds bekende gewoonte was.

Maar van waar dan, bij een volk, zoo aan grondbezit gehecht die plotselinge ondernemingsgeest, die hen gedurende eeuwen deed rondtrekken en nieuwe landen veroveren?

Om dit te verklaren nam hij zijne toevlucht tot de gevolgschappen [2]). Daarin meende hij dat element van onrust en verandering waar te nemen, en zoodoende beide, vast grondbezit en volksverhuizing, te kunnen verklaren.

Die meening bleef niet lang de heerschende, en tusschen de twee uitstekendste leerlingen, thans meesters op hunne beurt, die uit Ranke's Seminar te voorschijn traden, gaf dit onderwerp aanleiding tot een' levendigen strijd.

Waitz [3]) nam de leer van het grondbezit, maar niet die der gevolgschappen over. Het geheele volk of soms een gedeelte trok, volgens hem, uit en bracht de oude indee-

---

[1]) *Deutsche Staats und Rechtsgesch.* I § 14, derde uitgave.

[2]) Eichhorn ll. § 16.

[3]) *Deutsche Verfassungs Gesch.* deel I en II en *Das alte Recht der Salischen Franken* p. 126 en volg., Schmidt *Zeitschrift für Geschichts-Wissenschaft* III p. 6—50.

lingen over in de nieuw ingenomen landen. Uit die nieuwe instelling besluit hij tot de oude.

Heinrich von Sybel [1]) wees er op, dat, als men de gevolgschappen wegneemt, het geheele systeem van Eichhorn valt. Als men vast grondbezit aanneemt, van waar dan de volksverhuizingen? Daarom neemt hij Geschlechter-Staaten aan, met telkens afwisselend grondbezit. Eerst aan den Rom. invloed, die toch in de veroverde landen nog aanzienlijk bleef, ontleende men, volgens hem, staatkundige denkbeelden.

Arndt [2]) trachtte de strijdende partijen te verzoenen; hij wees op de dichte bevolking, waarin hij meende een sterker bewijs te zien voor vast grondbezit dan in de waarschijnlijk zeer onvolledige berichten van Caesar en Tacitus.

Wij laten die betwiste punten in het midden, en vergenoegen ons met vast te stellen dat, in den tijd der Frankische veroveringen, enkelen op eigen landerijen of hoeven, de meesten op dorpen, wier grondgebied marken genoemd werd, in gemeenschap leefden, dat de kleinere bezittingen verdwenen en enkele grootere zich meer en meer uitbreidden; dat, vooral bij de Franken, waar thans in alle gevallen een koninklijk gezag onloochenbaar was, de kroondomeinen zeker een groot gedeelte van het land innamen, en daarnaast de Kerk zich gelegenheid verschafte hare tijdelijke goederen aanzienlijk te vermeerderen.

Dat ook in dit tijdperk reeds landerijen in beneficio werden uitgegeven, en daardoor de grondslag voor het leenstelsel gelegd, wordt door Waitz [3]) geleerd en door Roth [4]) bestreden.

---

[1]) *Entstehung des Deutschen Königthums.* Bonn 1844; Schmidt ll. III p. 293—347.

[2]) Schmidt ll. p. 231—255.

[3]) *Deutsche Verfass. Gesch.* II 195 en volg.

[4]) Paul Roth, *Geschichte des Beneficialwesens.* 1850.

Wanneer men met von Sybel den staat eerst na de veroveringen doet ontstaan, zal men ook aan de familie een grooteren invloed moeten toekennen, onbegrensd bijna in eenen Geschlechter-Staat, dan wanneer men met Waitz op het grondbezit reeds de vroegere staatsordening doet rusten, waartoe de Duitschers aan het einde hunner omzwervingen kwamen.

Maar den staatkundigen invloed der familie laten wij hier geheel buiten sprake, en wij vergenoegen ons met eene schets van het inwendige familieleven, waartoe een blik op den vader, als het hoofd van het huisgezin, op de vrouw als dochter, echtgenoot en moeder, op de kinderen eindelijk, ons in staat zal stellen.

De vader oefende over vrouw en kinderen een gezag uit, dat mundium genoemd werd. Het was een diergelijke macht over personen als de Gewehre over zaken; dat over de vrouw nam hij bij gelegenheid van het huwelijk van hare verwanten over. Hij kocht haar voor een meestal vastgestelden prijs. Dat over de kinderen hield op bij hunne meerderjarigheid. Dikwijls gingen de zonen ook reeds vroeger in de gevolgschappen, of kwamen aan het hof des konings, waardoor hun toestand dan veel onafhankelijker werd.

In sommige volksrechten, b. v. in dat der Burgundiërs, vindt men als gewoonte vermeld, dat de vader reeds bij zijn leven aan de kinderen zijne goederen afstond. Van het vermogen der kinderen had hij het vruchtgebruik. De vrouw had bijstand noodig bij de handeling, die zij zelf verrichten kon. De bepaling in het recht van de West-Gothen, dat bij een tweede huwelijk den vader het mundium over de kinderen uit het eerste huwelijk ontnomen werd, was eene op zich zelf staande bepaling, die elders geen weerklank vond. Uit het mundium vloeide bij de Langobarden de bevoegdheid voort om de toestemming aan dochters tot een huwelijk te kunnen weigeren.

Zoo het pretium mundii niet betaald was, kon hij, aan wien dit verschuldigd was, haar terug vorderen, met geld tot vergoeding. De echtgenoot moet de kinderen die, vóór de betaling van het pretium, geboren zijn, los koopen. Eenmaal overgegaan in het mundium van haren man, is deze het, aan wien de vrouw gehoorzaamheid schuldig is. Hij ontvangt het weergeld, als men haar vermoord of geschaakt heeft, hij behoudt het recht over de kinderen, die zij na hare schaking ter wereld brengt.

Groot blijft echter het onderscheid tusschen dit mundium en de Romeinsche manus; de vrouw was eene gezellin, niet de slavin van den man.

De scheiding was op verschillende wijzen bemoeielijkt. Bij tweede huwelijk moest de vrouw worden terug gekocht van de verwanten van den vorigen man. Wij vinden daarvan eene beschrijving in de Lex Salica [1]). Dat met Reipus niet het pretium mundii bedoeld wordt, blijkt vooreerst uit de personen aan wie dit gegeven wordt [2]), vervolgens uit eene

---

[1]) Lex Salica XLIV. Wij halen de Lex Salica aan volgens de uitgave van Waitz, — de Leges Alam., Burg., Frisionum en Bajuv., volgens de uitgave van Merkel, Blume en Richthofen, in het 15 deel der *Monum. Germaniae* van Pertz — de andere volgens Walter *Corpus juris Germanici.*

[2]) Lex Salica XLIV. 4. Hoc discernendum est cui reipi debeantur.

5. Si nepus sororis filius fuerit senior, ipse accipiat.

6. Si nepus non fuerit, neptis filius senior eos accipiat.

7. Si vero neptis filius non fuerit, consobrinae filius, qui ex materno genere venit, ipse eos accipiat.

8. Si vero nec consobrinae filius fuerit, tunc avunculus frater matris reipus accipiat.

9. Si vero nec avunculus fuerit, tunc frater illius qui eam mulierem ante habuit, si in hereditatem non est venturus, ipse reipus accipiat.

10. Si nec ipse frater fuerit, qui proximior fuerit, extra superius nominatos qui singillatum, secundum parentilla dicti sunt, usque ad

oorkonde bij Pertz [1]), waarin wij het achasium, den koopprijs, aan het reipus tegenovergesteld zien.

Aan vader, echtgenoot, verwanten van dezen of haar eigen broeder viel het mundium toe; bij gebreke van dezen aan den naasten agnaat, en, als ook deze er niet was, aan den koning.

De moeder, als weduwe, behield de voogdijschap over hare kinderen, maar verloor die bij tweede huwelijk.

Het weergeld der vrouwen was zeer verschillend; terwijl Beieren [2]) en Alamannen [3]) voor haar het dubbel van dat van den man vaststellen, bepalen de Saksen [4]) dat het dubbel van het weergeld der getrouwde vrouw, voor eene maagd verschuldigd is; — de Franken juist omgekeerd [5]).

Hadden de kinderen of in het algemeen de erfgenamen recht op de vaderlijke goederen? — dit is eene vraag, die, als van zelve ons tot het erfrecht geleidt. Sommige antwoor-

---

sextum genuculum, si in hereditatem illius mariti defuncti non accedat, ipse reipus illus accipiat.

11. Iam post sexto genuculum si non fuerint, in fisco reipus ipse vel causa quae inde orta fuerit collegatur.

[1]) Pertz II 3.

Si quae mulier vidua, post mortem mariti sui, ad alterum maritum se dare voluerit, Reipus secundum legem donet; et postea mulier, si de anteriore marito filios habet, parentes infantum suorum consiliare debet, et si in dotem 25 solidos accepit, 3 solidos achasium parentibus, qui proximiores sunt marito defuncto donet; hoc est, si pater aut mater desunt, frater defuncti aut certe nepos fratris senioris filius (sint) ipsis achasius debetur.

[2]) Textus primus. IV. 29.

[3]) Tit. 48.

[4]) II. 2.

[5]) Lex Salica XIII 1, 9, bij de Ribuariers zelfs nog minder; voor de getrouwde vrouw 600, voor de maagd 200 sol.

den toestemmend en leiden dit recht af uit het Gesammteigenthum der familie, eene leer die in het midden der 18e eeuw ontstond, maar thans geene aanhangers meer telt [1]).

---

[1]) Deze theorie was door de Romanisten uitgevonden ter verklaring van de erfopvolging ab intestato; men verzuimde, hare natuur nader juridisch te onderzoeken, en verklaarde eenvoudig, dat de grondslag der, Duitsche erfopvolging het „Gesammteigenthum" der familie was, dat zich hoofdzakelijk in het recht der naaste erfgenamen deed gelden. Eens uitgevonden, werd die spoedig overal voor gebruikt.

BIENER, *de natura et indole dominii,* 1770, onderscheidt een condominium gentilitium onder bloedverwanten, pactitium by „Erbverbrüderungen" of „Gauerbschaften", feudale by „Gesammtbelehnung".

FISCHER, *Versuch uber die Geschichte der Deutschen Erbfolge*, 1778, onderscheidt „ausdrückliches Gesammteigenthum" waarin kinderen en somtijds ook broeders en zusters „wirklicher Mitbesitz" hebben, en „stillschweigendes Gesammteigenthum" dat diegenen hadden, wier erfrecht meer verwijderd was, en die niet reeds deel hadden aan het „Mitbesitz."

Hiertegen teekenden MAYER, *Urverfassung,* 1798, en RUNDE *Deutsches Privat Recht*, protest aan, met het oog op de geschiedenis en de natuur der zaak.

EICHHORN, *Einleit.,* en *Rechtsgesch.,* laat de erfopvolging op bloedverwantschap steunen en wil van geen „Gesammteigenthum" weten, evenmin MITTERMAÏER, *Grundsätze*, 1830 I. 338, 339, omdat het met het Romeinsche Recht in strijd is, en gemist kan worden; men kan toch de rechten der erfgenamen als eventuele bevoegdheid beschouwen.

BESELER, BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatr.* 58—59, en WOLFF, *Lehrbuch* I 108 en 109 hebben allen het „Gesammteigenthum" zoeken te redden, wat betreft de „Genossenschaften". De eerste, *System.* 295, wil het dan zien in de „communicata manu" van het leenrecht, in de oude „Vergabung von Todeswegen" en in de goederen-vereeniging onder levenden.

In het algemeen wordt het nog verdedigd door PHILLIPS, *Grundsätze,* 1838, II 86, UNGER, *Alt-Deutsche Gerichtsverf.* 1842 § 2., WARNKOENIG *Franz. Staats- und Rechts- Gesch.* III, 449 en 568.

GERBER, *System* 186, bestrijdt met alle kracht het „Gesammt eigenthum;" het is eene dwaling, zegt hij, die wij zoo spoedig mogelijk moeten afleggen.

Met den val dezer theorie verdween ook de grond, waarop men het recht van aanspraak der naaste erfgenamen gebouwd had. In den tijd der Rechtsboeken was dit recht der erfgenamen echter onloochenbaar, en zoo kwam Eichhorn er toe zamenhang te zien tusschen de verplichting tot betaling van het weergeld en het recht van erfgenaamschap.

Daartegen pleit echter, volgens Beseler, de vergelijking tusschen twee hoofdstukken uit de Lex Salica, waarvan het eene *de chrenecruda*, het andere de *alodis*, tot opschrift heeft [1]).

Het eigendom der markgenooten, leert hij, is eigendom van een juridischen persoon, met eigenaardige rechten der individuen, of een „eigenthumlich organisches Miteigenthum zu ideëllen Theilen." Het eigendom der echtgenooten aan de gemeenschappelijke goederenmassa beschouwt GERBER als Gutereinheit, en slechts bij uitzondering als „Gutergemeinschaft"; in de laatste ziet hij dan slechts een Miteigenthum an ideëllen Theilen. Bij stamgoederen neemt hij aan, dat de erfgenamen slechts een „eventuelles Successionsrecht" hebben. Bij de „Gauerbschaften", dat zijn vereenigingen van meerdere personen of familiën met het doel van gemeenschappelijke verdediging en gebruik van burgten, enz., is er of „ganz getrenntes Einzeleigenthum" of „Miteigenthum mit mannigfaltigen rechtlichen Zusätzen."

Bij eene „Erbverbrüderung" is slechts sprake van de „Uebertragung gegenseitiger Successionsrechte."

Het eigendom van „Gesammtbelehnten am gemeinschaftlichen Gute" beschouwt hij als een eigendom, waaraan de leenheer verschillende voorwaarden verbonden heeft. In het „Gesammteigenthum," dat men als een gevolg der „Vergabungen beschouwde", ziet Gerber „eine schon jetzt kräftige Uebertragung des Eigenthums mit vor behaltenem lebenslänglichen Niessbrauch oder eine bedingte Tradition."

[1]) Want in beide worden niet dezelfde personen genoemd.

Bij de *chrenecruda* heet het, LVIII: Quod si jam mater et fratres solserunt, tunc super sororem matris aut super filios suos debet illa terra jactare, id est super tres de generatione matris et super tres de generatione patris qui proximiores sunt. In C. LIX daarentegen: 1. Si quis

Bij de onzekerheid der handschriften, is de waarde van dit argument echter moeielijk te beoordeelen.

Vervolgens beweert Beseler, dat de verplichting tot betaling van weergeld niet tegen het erfrecht, maar tegen het recht om weergeld te ontvangen overstaat.

Men behoeft slechts Hoofdstuk 58 en 62 [1]) in te zien om van de ongegrondheid dezer meening overtuigd te worden. Hij beweerde eerst, dat het recht van aanspraak der naaste erfgenamen eerst in de elfde eeuw was ontstaan, maar is later op zijne meening teruggekomen. Vooral op grond der bepalingen omtrent de Chrenecruda, verkreeg hij de overtuiging, dat ook reeds in het tijdvak der volksrechten dit recht der erfgenamen in zwang was. [2])

Waarop steunde dan nu dit recht der erfgenamen? Wij zullen het antwoord op die vraag trachten te geven, door, nu wij, tot het erfrecht zelf overgaan, eerst te wijzen op de onbevoegdheid om te beschikken over de nalatenschap, op het verschil, wat het landbezit betreft, tusschen de naaste bloedverwanten, die als erfgenamen optreden, eindelijk op de

---

mortuus fuerit, et filios non dimiserit, si mater sua superfuerit, ipsa in hereditatem succedat.

2. Si mater non fuerit et fratrem aut sororem dimiserit, ipsi in hereditatem succedant.

3. Si ipsi non fuerint, tunc soror matris in hereditatem succedat.

4. Et inde de illis generationibus quicumque proximior fuerit, ille in hereditatem succedat.

[1]) C. LXII. de conpositione homicidii.

Si cujuscumque pater occisum fuerit, medietate conpositionis filii collegant, et alia medietate parentes qui proximiores sunt tam de patre quam de matre dividant. Quod si de una, paterna seu materna, nullus parens fuerit, illa portio in fisco collegatur.

[2]) System. p. 630. N°. 6.

bijzondere opvolging, die in sommige gedeelten van het vermogen plaats had.

Bij de Salische en Ribuarische Franken, bij de Alamannen en Beieren, bij de Friezen en Saksen is van geen testament sprake. Daar geldt alleen de natuurlijke erfopvolging. Een overdracht van het geheele vermogen, onder levenden, die daar en elders in gebruik was, zullen wij later bespreken.

Wel vindt men eenmaal [1]) in de Lex Baiuvariorum van een testament melding gemaakt, maar even als in de Lex Ribuariorum, waar van een testamentum venditionis [2]) sprake is, beteekent het slechts eene schriftelijke acte.

Daarentegen was het testament bekend aan de West-Gothen [3]), aan de Burgundiërs [4]) en wordt het behandeld in de Edicta Theodorici [5]) en in de legg. Langobardorum [6]). Bij al dezen was in meerdere of mindere mate de Romeinsche invloed, bij het in schrift brengen der volksrechten, onmiskenbaar: eene plaats [7]) uit de Lex Angliorum et Werinorum heeft tot twijfel aanleiding gegeven, omdat anders, bij de Thuringers, geen Romeinsche invloed hoegenaamd bespeurd wordt. Het is de 13e titel, waar men onder het opschrift: De potestate testandi, het volgende leest: Libero homini

---

[1]) XV. 10.

[2]) LIX. 1.

[3]) IV, 2. II. 5.

[4]) XLIII. LIII. Hoewel hier het recht van testament bekent schijnt, is het evenwel ongeoorloofd, als men kinderen heeft, dezen te onterven, want wij lezen in titel LI hoe, toen het bleek dat een zekere Athila zijn vermogen per inlicitos scripturarum titulos ad alias transtulisset personas, deze handeling nietig verklaard werd, en de kinderen als erfgenamen werden gehandhaafd.

[5]) 23, 27, 28.

[6]) Luitpr. 5, 6. Aistulph 3.

[7]) Titel XIII.

liceat hereditatem suam cui voluerit tradere. Terwijl het opschrift ongetwijfeld van latere dagteekening is, bevat de bepaling zelve slechts in korte woorden, wat wij in de Lex Salica omstandiger beschreven vinden: overdracht van een onroerend goed, onder levenden, is geoorloofd. Wel wordt hier het woord *hereditas* gebruikt, maar onnoemelijk zijn de plaatsen, waarin daarmede eenvoudig grondstuk en erf bedoeld wordt. De uitdrukking *tradere*, ten slotte, bevestigt onze meening.

De reden van dit verbod van beschikking na doode is eenvoudig deze. Bij de Germanen werd de wil slechts zoolang geëerbiedigd, als er physieke kracht aanwezig was om hem te doen gelden. Vandaar dan ook dat wij nog in den Saksenspiegel het recht van beschikking alleen zoolang zien toegekend, als iemand in staat was om alleen een paard te bestijgen [1]). Dit sluit alzoo niet uit het recht van beschikking gedurende het leven, waarvan men voorbeelden vindt.

Het resultaat is dus, dat wij bij die Germaansche stammen, die weinig of geene Romeinsche bestanddeelen hebben opgenomen, de erfopvolging alleen maar bij versterf zien toegelaten. Maar ook hiervan was de regeling niet immer dezelfde. Vooreerst is het erfrecht der dochters soms veel beperkter dan dat der zoons. Bij de Saliërs mogen zij geene

---

[1]) Sachsenspiegel. Landrecht. I. 52. § 2. Alle varende have gift de man ane erven gelof in allen steden', unde let unde liet gut, al de wile he sik so vermach, dat he begort mit eme sverde unde mit eme scilde up en ors komen mach, von enem stene oder stocke ener dum elne ho, sunder mannes helpe, deste man ime dat ors unde den stegerip halde. Svenne he disses nicht dun ne mach, so ne mach he geven noch laten, noch lien, dar he 't jeneme mede geverne, de is sa sineme dode wardende is.

onroerende goederen erven[1]). Bij de Ribuariërs verkrijgt de vrouw dan alleen erfrecht aan grondstukken als er geene mannelijke verwanten zijn [2]). Bij de Alamannen was iets dergelijks het geval, want als een vader twee dochters nalaat, waarvan de eene, met een haar in stand gelijken, de andere met een minderen gehuwd is, deelen zij wel te zamen, maar de onroerende goederen verkrijgt alleen de eerste [3]).

Ook bij de Burgundiërs mocht zij wel onroerende goederen erven, maar stond zij toch achter bij hare broeders [4]). Bij de Beieren [5]) schijnt het evenzoo geweest te zijn; even als bij de Saliërs werd zij ook bij de Thuringers [6]) uitgesloten. Bij de

---

[1]) LIX. 5. De terra vero nulla in muliere hereditas est, sed ad virilem sexum qui fratres fuerint tota terra perteneat.

Het is thans uit de Hss. bewezen, dat er eenvoudig staat de terra en niet de terra Salica; dit laatste woord had tot veel strijd aanleiding gegeven. Sommigen meenden, dat het dat land was, hetwelk door Saliërs in eigendom bezeten werd; anderen aangeërfd- of stamland; Guerard eindelijk toonde aan, (*polyptique d'Irminon*, I. p. 483.) dat het beteekent het land dat tot de woning, de hoeve, behoort.

[2]) L.VI. 4. Sed cum virilis sexus extiterit, semina in hereditatem aviaticam non succedat. Aviaticam beteekent hier: Stamland.

[3]) LVII. 1. Si autem duas sorores absque fratre relictas post mortem patris fuerint, et ad ipsas hereditas paternica contingat, et una nupserit sibi coaequalem liberum, alia autem nupserit aut colonum regis aut colonum ecclesiae, illa qui illum liberum nupsit sibi coaequalem, illa teneat terram patris eorum; res enim alias aequaliter dividant. 2. Illa enim qui illum colonum nupsit, non intret in porcionem de terra, quare sibi coaequalem non nupsit.

[4]) XIV. 1. Inter Burgundiones id volumus custodire ut si quis filium non reliquerit, in loco filii filia in patris matrisve hereditate succedat.

[5]) XV. 9, 10.

[6]) Lex. Angl. et Werin. VI. 1. Hereditatem defuncti filius, non filia suscipiat, si filium non habuit qui defunctus est, ad filiam pecunia et mancipia, terra vero ad proximum paternae generationis consanguineum pertineat.

Saksen [1]) treedt de dochter op, als er geene zoons zijn, terwijl bij de West-Gothen, waar de Romeinsche denkbeelden hunnen invloed hadden doen gelden, de zusters geheel gelijk op erven met de broeders [2]), nam justum, heet het, omnino est, ut quos propinquitas naturae consociat, hereditariae successionis ordo non dividat. Bij de Langobarden eindelijk kunnen de dochters wel land erven, maar zij staan achter bij de zoons [3]).

Nog is het opmerkelijk, dat, terwijl hier de zoons aan de dochters worden voorgetrokken, bij de Saliërs daarentegen, bij erfopvolging in het algemeen, juist een voortrekken der vrouwelijke verwanten zichtbaar is.

De opvolging is daar aldus [4]): moeder, broeder of zusters, zuster der moeder, eindelijk de naaste bloedverwant (de illis generationibus quicumque proximior fuit). Het opschrift van dit hoofdstuk is *de alodis.* Daardoor is men dikwijls in den waan gebracht, als of hier alleen van land en dan nog wel alleen van aangeërfd land, de latere Fransche propres, zou sprake zijn. Dit weersprak de laatste paragraaph en uit vele plaatsen is aangetoond geworden, dat, vooral

---

[1]) VII. 1. Pater aut mater defuncti, filio, non filiae, haereditatem relinquit.

5. Qui defunctus non filios, sed filias reliquerit, ad eas omnis haereditas pertineat, tutela vero earum, fratri, vel proximo paterni generis deputetur.

8. Qui filiam ac filium habuerit, et filius uxore ducta, et filium genuerit, et mortuus fuerit, haereditas patris ad filium filii, id est, nepotem, non ad filiam pertineat.

[2]) IV. Tit. 2. C. 1. et 9.

[3]) Luitpr. Lex XIII. et ipse, filium masculum non reliquerit, quamquam filias instituissemus heredes, sicut masculos, in omnem substantiam patris aut matris.

[4]) LIX.

in den vroegsten tijd, *alodi*, eenvoudig erfenis beteekent [1].

Wat mag de oorzaak zijn van deze bepaling? verschillende uitleggingen heeft men gegeven. Men wees op het hoofdstuk *de chrenecruda*, waar ook aan de zuster der moeder zulk een voorrang wordt toegekend, en meende dat hier het erfrecht de verplichting tot betaling compenseerde [2]. Maar de vraag werd daardoor niet opgelost, slechts ontweken. Een ander [3] wees op den bijzonderen band, die het kind, hier aan de zuster der moeder, elders aan den broeder der moeder scheen te binden. Een derde [4] opperde de meening dat de moederszuster hier slechts kortheidshalve genoemd werd, en dat men allen bedoelde, die met haar op gelijken rang stonden, zoowel de broeders van vader en moeder als de zusters van den vader. Wat daar ook van zijn moge, verder als tot gissingen heeft men het niet kunnen brengen.

Terwijl het vermogen in het Romeinsche recht als universitas werd beschouwd, zag men in het Germaansche recht daarin slechts eene toevallige vereeniging van verschillende bestanddeelen, onder de macht van één mensch, die zoodra deze stierf, uit elkaâr vielen, zoodat dan voor elk deel dikwijls eene bijzondere erfopvolging bestond [5].

---

1) Cf. Pardessus *Loi Salique* p. 691; Waitz *Das alte Recht* p. 121.

2) Eichhorn *Rechts-Gesch.* p. 210.

3) Waitz *Verfassungs Gesch.* p. 207—208.

4) Pardessus *Loi Salique* p. 701. Législation des successions chez les Francs.

5) Laboulaye, *Cond. des femmes* p. 203. Dans la période romaine nous n'avons rencontré qu'une seule espèce de domaine, et par une conséquence naturelle, qu'un seul ordre de succession.

Il n'en fut pas ainsi dans les coutumes barbares; la capacité héréditaire fut determineé, non plus comme chez les Romains, par des considérations prises de la personne héritière, mais par des considérations

Wij wezen reeds op het verschil tusschen roerende en onroerende goederen, en wenden ons thans tot het goederenrecht der echtgenooten. Van gemeenschap is nog geene sprake. Wij zien hier allerlei vermogens deelen, die, als het ware, zelfstandig naast elkander staan.

Wij vangen aan met de dos, en hier doet zich dadelijk een nieuw verschil op met het Romeinsche recht.

Terwijl daar door de vrouw of hare verwanten eene gift, ten huwelijk, wordt aangebracht, is het hier niet de vrouw maar de man [1]) of zijne verwanten, die eene meestal bepaalde som aan zijne echtgenoote aanbiedt.

Men heeft gemeend [2]) dat deze germaansche dos zijn oorsprong genomen heeft uit eene oude gewoonte, bij de Duitschers algemeen in gebruik, volgens welke de bruidegom aan de verwanten der bruid eene som betaalde als koopprijs van het mundium. In de volksrechten zag men evenwel afkoopsprijs en dos naast elkander vermeld. Deze moeielijkheid trachtte men toen aldus te verklaren: een gedeelte van den koopprijs viel aan de vrouw zelve toe, en zoo beweerde men werd het allengs gewoonte dat de vrouw dit niet meer middelijk van de verwanten, maar onmiddelijk van haren aanstaanden echtgenoot ontving. Dit geschenk zou dan de dos geweest zijn.

Wat daar ook van zijn moge, de betaling van een pretium

---

prises de la chose, objet de la succession; ainsi il y eut une succession des meubles, qui ne fut pas celle de la terre; une succession de Wehrgeld qui ne fut pas toujours celle de l'Alleu; et il se trouva, par conséquent, pour partager l'héritage d'un même individu, autant d'héritiers qu'il y avait de patrimoines différents.

[1]) Reeds Tacitus *Germ.* 18 zeide: dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.

[2]) Grimm, *Deutsche Rechts-Alterth.* p. 420 en volg.

mundii is verdwenen, en het geven eener dos in zwang gebleven. De dos bestond meestal uit goud, zilver of mancipia. Omdat er soms sprake is van een vruchtgebruik vermoedt men, dat reeds toen, ook onroerende zaken de dos uitmaakten. Zij was wettelijk of door overeenkomst vastgesteld, en meestal op 40 à 50 solidi bepaald.

Om kort te gaan, wij vinden melding gemaakt, van een pretium mundii, dat aan de verwanten der vrouw of bij tweede huwelijk aan de verwanten van den vorigen man werd uitbetaald; van eene dos, die de man aan zijne aanstaande vrouw schonk, en waarvan zij vruchtgebruik of eigendom kreeg en soms ook na een tweede huwelijk behield; eindelijk van eene weduwen-verzorging, doarium, die meestal uit een derde deel van het nagelaten vermogen van den man bestond. Bij de Saliërs daarenboven dan nog van de geheimzinnige reipus.

Behalve dit alles, ontving de vrouw op den morgen na het huwelijk, als pretium virginitatis, eene morgengave.

Verder onderscheidde men noch het Heergewette van den man, dat uit wapenen en paarden bestond, de Gerade der vrouw, hetgeen zij van hare ouders ten huwelijk had mede gekregen en dat alleen aan de vrouwelijke verwanten toekwam, terwijl het Heergewette aan de zwaardmagen (verwanten van den man) viel.

Het erfrecht op de dos was zeer verschillend geregeld. Bij de Alamannen (C. LV) behoudt de vrouw de legitima dotis, ook bij tweede huwelijk, als er geene kinderen uit het eerste huwelijk zijn, in vruchtgebruik. Slechts dan, als bij gelegenheid van haar tweede huwelijk een der verwanten van den overleden man die had terug gezonden, en door eed of tweestrijd eene beslissing gevolgd was ten voordeele der vrouw, verkreeg zij die in eigendom (LVI. 1).

Bij de Burgundiërs behield de vrouw de dos, hier nupti-

alis donatio genoemd, bij tweede huwelijk, in vruchtgebruik, als er kinderen waren (XXIV : 1) waren er die niet, dan werd de dos na den dood der vrouw gedeeld, half door hare verwanten, half door die van den gever (XXIV: 2).

Bij de West-Gothen mocht de dos niet meer dan een tiende deel van het vermogen van den gever bedragen, daarenboven nog 10 knapen, 10 maagden en 30 paarden. De vrouw behoudt die dos en mag daarmede doen wat zij wil; indien zij geene beschikking daaromtrent maakt valt deze terug aan den gever of zijne erfgenamen (III: 1, 5), als er geene kinderen zijn. Zijn deze er, dan valt de dos aan hen, en de vrouw mag slechts over een vierde gedeelte beschikken. (IV: 5, 2).

Bij de Saksen is de regeling bij de Oost- en West-Falingers verschillend.

Heeft de vrouw kinderen gehad, dan behoudt zij de dos, volgens de gewoonte der Oost-Falai, en na haren dood erven haar de kinderen. Indien de kinderen vóór haar sterven, verkrijgen haar de naaste verwanten. Heeft zij geene kinderen gehad, dan keert de dos, na haar dood terug tot den gever of diens erfgenamen.

Bij de West-Falai verliest zij de dos, als zij kinderen krijgt; heeft zij geene kinderen gehad, dan behoudt zij de dos haar leven lang, en daarna keert die terug tot den gever of diens erfgenamen. [1])

Bij de Langobarden wordt melding gemaakt van de *meta*; of dit de dos is of het pretium is onzeker. Sterft de man, en wil de vrouw een nieuw huwelijk aangaan, dan krijgt de erfgenaam van den gestorven echtgenoot de helft der *meta* (Roth. 183.) Later vinden wij bepalingen, volgens welke de *meta* geheel aan de vrouw toekomt. (Luitpr. VI. 35 en 61).

Laat ons nog een oogenblik stil staan bij het recht van

---

[1]) Lex Saxonum VIII.

beschikking onder de levenden, om het recht der naaste erfgenamen te beter te kunnen beoordeelen.

Dat men enkele zaken mocht weg schenken is wel buiten twijfel. Of overdracht van een enkel grondstuk ook van de toestemming van den erfgenaam onafhankelijk was, hebben wij thans niet te onderzoeken. Alleen met het geval dat het geheele vermogen het voorwerp der schenking is, hebben wij ons bezig te houden.

Van zulke gevallen vinden wij melding gemaakt in de Lex Salica, onder den naam van *Affatomie*, bij de Langobarden onder den naam van *Thingatio*. Bij de Alamannen zien wij het gebruik gewettigd ten voordeele der kerk; ook vinden wij de zaak met een enkel woord vermeld in de wetten der Saksen en Ribuariërs.

De *Affatomie* [1]) was eene handeling, die plaats had in eene buitengewone volksvergadering (gebotenes Gericht); de Thunginus zat voor. Daarop werden, voor den vorm, drie zaken behandeld, een gebruik dat dienen moest om het te doen voorkomen als of het eene gewone vergadering was. Daarna wierp de gever een halm in den schoot van een ander, waarmede hij

---

[1]) Lex Salica XLVI. De adfathamire.

Hoc convenit observare, ut thunginus aut centenarius mallo indicant, et scutum in ipso mallo habere debet, et tres homines tres causas demandare debent, et postea requirat hominem qui ei non perteneat, et sic fistucam in laisum jactet. Et ipse in cujus laisum fistucam jactavit de furtuna sua quantum dare voluerit aut totam furtunam cui voluerit dare. Ipse in cujus laisum fistucam jactavit in casa ipsius manere debet. Et hospites tres suscipere debet, et de facultatem suam quantum ei datur in potestatem suam habere debet. Et postea ipse cui istum creditum est ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante rege aut in mallo legitimo illi cui furtuna sua depotavit reddere debet, et accipiat fistucam, in mallo ipso ante 12 menses illi quos heredes depotavit in laisum jactet, nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est.

dan aan dezen het geheele of een gedeelte van zijn vermogen, op deze figuurlijke wijze overdroeg, met het bevel om, binnen een jaar, datzelfde vermogen over te dragen aan dengenen dien hij hem noemde.

Dan ging die tusschenpersoon in het huis van den gever zijn verblijf houden, ontving daar drie gasten, en bestuurde het vermogen, dat hem was toevertrouwd. Na een jaar draagt hij dan aan hem, die als begiftigde is ingesteld, het vermogen over in eene gewone vergadering of in tegenwoordigheid des konings; wordt de geldigheid der handeling bestreden, dan zijn negen getuigen voldoende om die staande te houden [1]).

Vele moeielijkheden doen zich hierbij op. Wat wordt met vermogen bedoeld, en waartoe die tweeledige handeling, die tusschentoestand, die een jaar moet aanhouden? Daarvoor kunnen wij geene andere oorzaak vinden dan die reeds Eichhorn opgaf: het tusschen-jaar diende om de erfgenamen

---

[1]) ll. 2. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere, quod ibi fuissent in mallo quem thunginus aut centenarius indixerit, et quomodo vidissent hominem illum qui furtuna sua dare voluerit in laisum jam quem elegit fistucam jactare, nominare debent denominatim illo qui furtuna sua in laiso jactat et cui in laiso jactitur, et illo quem heredem appellit similiter nominent. Et alteri tres testes jurati dicere debent, quod in casa illius qui furtuna sua donavit ille in cujus laiso fistuca jactata est ibidem mansisset et hospites tres vel amplius ibidem collegisset et pavisset, et hospites illi tres aut amplius de susceptione gratias egissent et in beudum pultis manducassent et testes collegissent. Ista omnia illi alli tres testes jurati dicere debent, et de hoc quod in mallo ante regem vel legitimo mallo publico ille qui accepit in laisum furtuna ipsa, aut ante regem aut in mallo publico legitimo, hoc est in mallobergo ante theuda aut thunginum, furtunam illam quos heredes appellavit publice coram omnibus fistucam in laiso jactasset: hoc est novem (testimonia vel) testes ista omnia debent adfirmare.

gelegenheid te geven, zich tegen de vervreemding te verzetten; de bewering van Beseler dat het maar eene willekeurige tijdsbepaling was, uit eene onbekende aanleiding ontstaan, is zeer onwaarschijnlijk.

Daar het vermogen, als universitas, aan de Salische Franken ten eenenmale onbekend was, kan hier slechts met vermogen bedoeld zijn die toevallige vereeniging van verschillende goederen in de hand van één mensch, waardoor het hem mogelijk is daarover bij ééne handeling te beschikken.

Wij vinden bij een anderen der Frankische stammen, de Ribuariërs, ook met een woord van deze handeling melding gemaakt [1]). Daar wordt als hoofdvoorwaarde voorop gesteld, dat slechts hij daartoe bevoegd is, die geene erfgenamen heeft. Dat hieronder alleen zonen bedoeld worden, schijnt uit de volgende woorden te blijken. De handeling moet geschieden in tegenwoordigheid des konings, en kan plaats hebben tusschen man en vrouw, of ten voordeele van andere nabestaanden en zelfs van vreemden. In het eerste geval keert de schenking, na den dood van beide echtgenooten, tot de naaste verwanten van den schenker terug, tenzij de langstlevende haar tot een weldadig doel of eigen nooddruft had uitgegeven. Zij moet geschieden door

---

[1]) Lex Ribuariorum, Tit. 48, 49.

48. de homine qui sine heredibus moritur. Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia Regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicunque libet de proximis vel extraneis, adoptare in hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem Ribuariam licentiam habeat.

49. De adfatimire. Quod si adfatimus fuerit inter virum et mulierem, post discessum amborum ad legitimos heredes revertatur, nisi tantum, qui parem suum supervixerit, in eleemosyna vel in sua necessitate expenderit.

schriftelijke acte en overdracht; getuigen dienen tot hare bevestiging.

Wij wijzen voorts nog op eene der formulae van Lindenbrog [1]), en op de capitularia van Karel den Groote, dienende tot aanvulling der Lex Ribuariorum [2]). De slotsom waartoe wij zoo voor de Franken komen, is deze: Geen testament, en geen overdracht van vermogen onder de levenden, dan met toestemming van of na afrekening met de kinderen of naaste erfgenamen.

Bij de overige volken, die geen testament kenden, schijnt ook de overdracht van het vermogen onder de levenden niet bekend te zijn geweest, met uitzondering van de Saksen en Alamannen [3]) bij wie zij kon geschieden ten voordeele der kerk. Hierin is de invloed der geestelijkheid blijkbaar. Voor haar gold het Romeinsche recht, en, waar zij zulks vermocht, trachtte zij het gebruik van testamenten in te voeren. Haar ijver was daarbij zoo groot, haar invloed op de vrome zielen zoo gewichtig, dat telkens het wereldlijke gezag moest tusschen beiden treden, om de misbruiken, die daarvan het gevolg waren, te keer te gaan.

Bij de Saksen [4]) zou men haast meenen dat hetzelfde het geval was, en dat zelfs de koning daarin met de geestelijkheid meêdeed, bleek het niet, dat de woorden uit den

---

[1]) Formul. Lindenbr. 50.

[2]) Capit IV. Caroli magni a. 803. sive de lege Ribuarense. C. 7. Qui filios non habuerit, et alium quemlibet heredem facere sibi voluerit, coram Rege vel Comite, et Scabiniis vel Missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.

[3]) Lex Alam. tit. I, 1.

[4]) Lex Sax. tit. 15, § 2. Nulli liceat traditionem hereditatis suae facere, praeter ad Ecclesiam, vel Regi, ut haeredem suum exhaeredem faciat.

15 titel van het wetboek «praeter ad ecclesiam vel regi» eene interpolatie van lateren tijd zijn.

Men heeft wel eens het 17 hoofdstuk [1]) aangevoerd als bewijs voor het recht der naaste erfgenamen, maar de geheele bepaling staat, blijkens het opschrift *de exulibus*, zoo zeer op zich zelf, dat het onmogelijk is daaruit algemeene regels te trekken.

Wij gaan thans over tot de Langobarden, bij wie wij een laatste voorbeeld vinden van overdracht, onder de levenden, van een geheel vermogen. Wij moeten echter in het oog houden, dat in dit volksrecht de invloed der Romeinsche wetgeving bijna overal zichtbaar is, dat uiterste wilsbeschikkingen geoorloofd zijn ofschoon tevens het onterven van de kinderen streng is verboden. Het Germaansche beginsel overal verkracht ziende, kan het ons niet verwonderen, dat wij hier ook onder de levenden vergund zien, wat men toestond na doode te doen.

Wij vinden in de Lex Langobardorum telkens melding gemaakt van eene zekere erfstelling, Thingatio genoemd. Zij geschiedde in tegenwoordigheid van vrije mannen als getuigen [2]) en haar doel was het instellen van iemand tot erfgenaam, in Romeinsch rechtelijken zin [3]).

---

[1]) Lex Saxonum tit. 17. de exulibus. Liber homo, qui sub tutela nobilis cujuslibet erat, qui jam in exilium missus est, si haereditatem suam, necessitate coactus, vendere voluerit, offerat eam primo proximo suo, si ille emere noluerit, offerat tutori suo, vel ei, qui tunc a Rege super ipsas res constitutus est. Si nec ille voluerit, vendet eam cuicunque voluerit.

[2]) Lex Lang. Rotharis C. 172. Si quis res suas alii thingare voluerit, non absconse, sed ante liberos homines, ipsum garathinx faciat, quatenus qui thingat, et qui gisil fuerint, liberi sint, ut nulla in posterum oriatur intentio.

[3]) Il. C. 174. Nulli donatori liceat ipsum thinx, quod antea fecerit, iterum in alium hominem transmittere. Tantum est, ut ille, qui

Geschiedde dit nu door eene eenzijdige wilsverklaring of door overeenkomst?

Ongetwijfeld door overeenkomst, want hoe is het mogelijk dat eene eenzijdige wilsverklaring iemand bindt, en de erflater was onherroepelijk gebonden; en alleen wegens nageboren kinderen of andere bepaald opgegevene ontervings-gronden kon de beschikking worden opgeheven [1]).

Reeds zagen wij, dat zulke overeenkomsten omtrent de overdracht van een geheel vermogen geoorloofd waren bij de Franken. Daar hadden zij plaats onder de levenden, maar hier was het voorwerp een ander; niet tegenwoordige goederen maar eene erfenis, bijna in Romeinsch rechterlijken zin, was het voorwerp der overeenkomst. De zaak bleef echter niet lang in zwang, en kon daardoor niet de oorsprong worden van de latere erfstellingen door overèenkomst. Zij had haar ontstaan te danken aan de inwerking van Romeinsche beginselen op Germaansche rechtsbegrippen.

---

garathinx susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exheredantur, quae in hoc Edicto scriptae sunt. Ipse antem, qui garathinx susceperit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere, et debitum creditoribus solvere, et aliis requirere; et quod in fiduciae nexu positum est, reddat debitum, et requirat rem in fiduciae nexu subpositam.

[1]) ll. C. 173 Si quis res suas alii thingaverit, et dixerit in ipso thinx lidolaip, id est, quod in die obitus sui reliquerit, non dispergat ipsas res postea doloso animo, et fruatur eas cum ratione. .Et si talis evenerit necessitas, ut terram cum mancipiis vendere, aut loco pignoris ponere debeat, aut sine mancipiis, dicat prius illi cui thingaverit: Ecce vides, quia necessitate compulsus, res istas vado dare aut vendere; si tibi videtur, subveni mihi, et res ipsas conserva in tuam proprietatem. Tunc si noluerit ei subvenire quod alii dederit, sit illi stabile et firmum, qui acceperit.

De Thingatio mocht niet plaats hebben, als er kinderen waren, behalve alleen in bijzondere gevallen. Ik verklaar mij de zaak aldus:

Kinderen hadden recht op de vaderlijke nalatenschap. Indien nu eene wettige Thingatio had plaats gehad, trad de bevoordeelde in de plaats van het kind, en verkreeg dezelfde rechten. Daarom mochten die ook hem niet worden ontnomen, dan om de voor kinderen opgegeven gronden. Werden er later kinderen geboren dan hadden deze de voorkeur boven hen, die, slechts door een kunstmatigen band in de familie waren opgenomen [1]).

Nu vinden wij wel is waar elders eene dergelijke handeling niet vermeld, en in de verzamelingen van formulae treffen wij Romeinsche rechtsregelen aan, die tegen de Germaansche gewoonten scherp indruischen, maar het kan ons niet verwonderen, zoo wij ons slechts herinneren wat deze bevatten, en hoe zij ontstonden. Velen zijn niet aan oorkonden ontleend, en missen dus allen historischen grondslag. Andere, die wel aan oorkonden ontleend waren, werden om ze meer algemeen te maken, of de duidelijkheid te bevorderen, dikwerf zoo veranderd, en somtijds met rhetorische figuren dermate overladen, dat daaronder het juridische feit zelve over het hoofd gezien of onkenbaar werd.

De uitgebreidste verzameling is die van Marculf. Deze werd, op last van Landeric Aartsbisschop van Parijs,

[1]) Beseler. I. 168 en volgg. ziet in de Longobardische Thinx geene erfstelling maar eene schenking, nam. eene Vergabung von Todeswegen. Hij bekent echter (p. 112) dat in de Longob. wetten geen duidelijk bewijs te vinden is voor het gebruik der Auflassung, die het middel was waardoor men schenkingen bewerkstelligde, en hij voert dan ook slechts de uitdrukking: et res ipsas conserva in tua proprietate, uit de lex Roth, 173. aan, ten bewijze dat hier eigendomsoverdracht had plaats gehad.

Papa Landericus, door een monnik vervaardigd; wij behoeven slechts te herinneren, dat de geestelijkheid onder het Romeinsche recht leefde, om de menigvuldige Romeinschrechtelijke bepalingen te verklaren. Zoo wordt gesproken van eene wederkeerige gift tusschen echtgenooten [1]), ook in het Romeinsche recht toegelaten, (Lex 7 § 2 de don. inter vir. et ux.) met bepaling van vruchtgebruik voor den langstlevende. Elders [2]) van eene verdeeling der ouderlijke erfenis tusschen de kinderen, die ons op de Lex 21 Cod. de fam. erciscund. terugwijst. In den appendix [3]) komt een soort van testament voor, maar onherroepelijk gemaakt door eene bijgevoegde stipulatio poenae.

Met een enkel woord over de capitularia van Karel den grooten besluiten wij dit hoofdstuk.

Ook hier vinden wij duidelijke sporen van den strijd tusschen de Germaansche en Romeinsche beginselen. Nu eens zien wij verklaard, dat de wil van den gestorvene moet geëerbiedigd worden, en dat aan hem die daaraan te kort doet, als aan eenen onwaardigen, de erfenis ontzegd wordt, dan weder, waar wij meenen zouden, dat van uiterste wilsbeschikking sprake is, telkens van traditie melding gemaakt. In eenzelfde capitulare vinden wij eerst de bepaling, dat wie testeeren wil, hier «res suas judicare» genoemd, of schenken, op de verrichtte traditie niet mag terug komen, dus een onherroepelijk testament geldig verklaard, of liever nog elk testament als eene schenking onder de levenden beschouwd, en dadelijk daarop eene echt Romeinsche donatio mortis causa geoorloofd verklaard.

Toch blijven de sporen van Romeinsche rechtsbeginselen

---

[1]) Marculf I, 12.

[2]) II, 14.

[3]) *Appendix* 47.

slechts als uitzondering voortbestaan, en schenkingen van een tegenwoordig vermogen zien wij bijna overal in zwang. Vooral de kerk zocht zooveel het maar mogelijk was daarmede voordeel te doen; de goederen werden aan haar overgedragen, en precario of sub beneficio bleven de vorige bezitters het genot daarvan behouden gedurende hun leven.

Hoe geschiedde nu die eigendoms overdracht van onroerend goed? Men vindt daarvan eene beschrijving in een capitulare van Lodewijk den Vrome [1]). Het was verschillend, naar gelang de schenker zich bevond op de plaats waar de goederen gelegen waren, die hij overdroeg, of van daar verwijderd was. In het eerste geval is de «legitima traditio» noodig, maar in het tweede werden meerdere plechtigheden gevorderd; een eerste werk was dan het vinden van geschikte getuigen, het liefst nam men de bewoners van de plaats, waar de goederen gelegen waren, of ten minste hen, die onder dezelfde wetgeving leefden als de schenker. Was dit niet mogelijk, dan vergenoegde men zich met de omstanders. In hunne tegenwoordigheid had dan de

[1]) Cap. 1. Lud. Pii. A° 819. c. 6. Si quis res suas pro salute animae suae, vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit, et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat. Quod si eodem tempore quo illas tradere vult, extra eundem comitatum fuerit, id est, sive in exercitu, sive in palatio, sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus, vel de aliis qui eadem lege vivant qua ipse vivit, testes idoneos; vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis quales ibi meliores inveniri possint, et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet ei qui illam traditionem accipit ut vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.

plechtige overdracht plaats; daarop stelde de schenker borgen voor de investituur, die volgen moest. Dikwijls trad de erfgenaam van den schenker zelf tot die borgstelling toe. De overdracht zelve had op figuurlijke wijze plaats. Een kluit aarde of een halm vertegenwoordigde het grondstuk, een steen of een afgesneden deurspaan het gebouw, dat het onderwerp was der handeling. Maar allengskens zien wij ook het schrift als middel van overdracht gebruikt. Toen de beschaving zoover gevorderd was dat men zich eene overgifte *denken* kon, bleef de handeling zelve achterwege. Het eerste voorbeeld daarvan vinden wij bij de Ribuariërs [1]).

Het resultaat, waartoe wij gekomen zijn, is dit. De natuurlijke erfopvolging is overal en bijna uitsluitend in zwang. Daarbij zijn echter nu eens de dochters van alle erfenis van landbezit uitgesloten, dan weder geheel aan de zonen gelijk gesteld. Waar Germaansche en Romeinsche beginselen in strijd met elkander komen, zien wij nu eens de testamenten, vooral ook door den invloed der geestelijkheid ingevoerd en in stand gehouden, dan weder de regel gehuldigd, dat elke beschikking na doode krachteloos is. De invloed van dit laatste beginsel wordt echter verzwakt door schenkingen onder de levenden, voor zooveel het recht der kinderen dit niet belet. Bij de Langobarden is die vermenging van de beide rechten het meest merkbaar, en vinden wij melding gemaakt van erfstellingen, die uit overeenkomst ontstaan.

Maar spoedig geraakte ook dit instituut in onbruik, en herkreeg de Germaansche rechtsregel, die elke beschikking na doode verbood, zijn gezag.

Ziedaar, in het kort de toestand van het erfrecht, in de tijden der volksrechten.

---

[1]) *Lex Ribuariorum* tit. 48.

DERDE HOOFDSTUK.

Het recht van beschikking onder de levenden en na doode in het Duitsche Recht.

Dit tijdvak splitst zich in twee onderdeelen. Voor het eerste onderdeel zijn de bronnen schaarsch, talrijk voor het tweede. In de eerste vier eeuwen zijn alleen charters en andere diplomata ons ten gids; sedert 1200 bieden stadsrechten en rechtsboeken stof in overvloed om den rechtstoestand dier tijden te leeren kennen.

Twee rechtsregelen beheerschen dit tijdperk, de eerste van oude tijden dagteekenende verbiedt elke beschikking na doode. Wij zullen dien regel bestreden zien door de geestelijken die, door het invoeren van uiterste wilsbeschikkingen zich zelven en de kerk, die zij dienden, trachtten te bevoordeelen, en door de trotschheid van den mensch die er zich tegen verzette, dat zijn wil niet zou geëerbiedigd worden na den dood.

Uit dien strijd tusschen den ouden volksregel en de nieuwe gewoonte treedt de laatste als overwinnaar te voorschijn. Sinds den aanvang der 15e eeuw heeft de wilsbeschikking na doode algemeene rechtsgeldigheid.

Een tweede regel in den tijd der volksrechten nog slechts

hier en daar in zwang, en uit Saksen afkomstig, wordt in het volgende tijdperk meer en meer aangenomen.

Het was het recht der naaste erfgenamen op het vermogen van den aanstaanden erflater. Wij troffen dit beginsel reeds aan in de Lex Saxonum, en in den Sachsenspiegel vinden wij het terug. Daarna neemt zijn invloed weder af, en spoedig verdwijnt het geheel.

Waar beide beginselen gelijktijdig heerschen, zijn alleen vervreemdingen mogelijk onder de levenden, en met toestemming der erfgenamen. Waar slechts het tweede geldt, zijn uiterste wilsbeschikkingen alleen mogelijk, als er geene erfgenamen zijn of anders alleen toegelaten over datgene wat vervreemd mocht worden.

Men heeft vroeger wel eens beweerd, dat de oorzaak van dit recht der naaste erfgenamen het Gesammteigenthum der familie was, maar die meening is thans als geheel opgeheven te beschouwen. Wij gelooven veeleer, dat de regel, die elke beschikking na doode krachteloos verklaarde, aanleiding tot het recht der naaste erfgenamen gegeven heeft, en wij vinden onze meening bevestigd door het Saxische recht, waarin van dat recht der erfgenamen het allereerst sprake is, en juist het verbod van te beschikken in al zijne gevolgen was erkend. Zoo is het ook nog later in den Sachsenspiegel, waarin wij, terwijl de Schwabenspiegel er van zwijgt of het anders opvat, ons beginsel terug vinden. Met het in zwang komen der testamenten zien wij dit recht der erfgenamen in onbruik raken.

Op een gevolg van het beginsel maakt ons de Richtsteig [1])

---

[1]) Richtst. Landrecht 10. § 3. Metme eigen darf he nene sculde gelden, wen he mach es ane siner erven gelof nicht laten. He ne darf des ok van deme lene nicht gelden, wen he ne maches an sines heren willen neman laten.

opmerkzaam: omdat de erfgenamen het recht hebben elke vervreemding van onroerend goed te beletten staan zij ook slechts met de roerende goederen voor de schulden in.

Ook deze beperking viel, toen het recht der erfgenamen verslapte, en reeds lang vóór de invoering van het Romeinsche recht stond ook de Duitsche erfgenaam in voor alle schulden, zoover de nalatenschap die betalen kon. Een stilzwijgend voorrecht van boedelbeschrijving komt in het Duitsche recht aan den erfgenaam toe. Toen vooral in de steden vervreemding en omzetting eene levensbehoefte geworden was, werd den erfgenamen alleen maar recht gegeven om zich tegen de vervreemding van aangeërfde grondstukken te verzetten. Als andermaal eene eeuw is voorbijgegaan, vinden wij van dit recht der erfgenamen niets anders dan een eenvoudig Retract-recht over.

Na gezien te hebben, dat alle deze regels als het ware voortvloeien uit het verbod van beschikking na doode, willen wij nagaan, hoe dat verbod, hevig bestreden, allerlei uitzonderingen toeliet, eindelijk zelfs exceptie werd, en geheel verdween.

De geestelijkheid bleef zich van testamenten bedienen. Het was niet bevreemdend. Geen gemakkelijker middel kon worden uitgedacht om hare eigene belangen te bevorderen. Waar een zieltogend ridder op zijn sterfbed tot de bekentenis kwam van menige roof die hij gepleegd, of van ander kwaad, dat hij bedreven had, was de geestelijkheid dadelijk bereid die gewetensknagingen te doen ophouden en de poorten des Hemels voor den boetvaardigen zondaar te ontsluiten, zoo slechts eene testamentaire beschikking ten voordeele van kerken of kloosters de kracht van het naberouw aantoonde. Moge men die handelwijze ook veroordeelen, zeker is het dat ze voordeelen heeft opgeleverd, die niet gering te schatten zijn, want de kloosters en kloosterscholen waren de kweekscholen der

beschaving in de dagen toen keizerrijk en vorstendom elkander bestreden en verzwakten. Wij wijzen slechts op den edelen Brun, den broeder van Otto I, gesproten uit dat Saksische huis, dat gedurende eene eeuw, met zooveel luister, de Duitsche eenheidsvlag omhoog hield, en op de schare van jongelingen, die hij in zijne kanselarij, als aartsbisschop van Mentz, om zich heen had. Waaruit zoude men anders de kosten hebben kunnen bestrijden, die zoo menige Munster en achtbare Cathedrale in het leven riep, die, als gedenkteekenen van een schitterend verleden nog heden ten dage getuigen van den vromen zin der vaderen en de energie die hen bezielde?

Maar waar wij het goede erkennen, willen wij ook het misbruik niet voorbijzien. Dat misbruik bestond, en nam gedurig toe. Reeds Karel de Groote liet een onderzoek instellen naar die kwade praktijken der geestelijken. Hij vroeg hen ironisch of het een opgeven van wereldsche belangen heeten kon, dagelijks hunne bezittingen te vermeerderen, door beloften te doen van zaligheid in het hemelsche koningrijk, en te dreigen met de eeuwige martelingen in de hel? of het strookte met den wil van God of van de heiligen, aan wie zij zich hadden toegewijd, om van zwakheid van verstandelijke vermogens misbruik te maken, kinderen te berooven van het erfgoed hunner ouders, en daardoor hen aan te zetten tot eene ongebonden leefwijze, daardoor misdaden uit te lokken en roof te bevorderen [1])?

Die krachtige taal van den grooten Keizer, die zoo menige handeling van de machthebbers onzer eeuw beschaamt, vermocht niet het kwaad te beletten; en de vrome Lodewijk, wat vermocht hij anders dan wenschen te uiten, die hij niet in staat was te doen verwezenlijken, hij, die onder den ijzeren

[1]) Cap. II. Car. M. a°. 811.

arm der geestelijkheid gebukt, door vrome werken en groote geschenken den moord, aan Bernard gepleegd, zocht te verzoenen. De kerk ging voort op het ingeslagen voetspoor; de Roomsche Hierarchie was uitstekend georganiseerd, en één woord uit Rome legde meer gewicht in de schaal dan bedreigingen van het wereldlijke gezag. Een enkele banbliksem was soms voldoende een rijk aan tweedracht ten prooi te geven, of een Keizer van den troon te stooten. Hendrik IV boette voor Canossa zijne ongehoorzaamheid aan den onverzettelijken Gregorius, en twee eeuwen later (1269) viel Conradin, als slachtoffer, in den strijd tusschen Keizerrijk en Pausdom.

De kerk ging voort, zeiden wij, hare bezittingen te vermeerderen en de Duitschers raakten gewend aan het denkbeeld, dat beschikkingen na doode niet altijd krachteloos behoefden te zijn.

Indien wij nu de Duitsche stadsrechten [1]) der twaalfde eeuw openslaan, zullen wij den ouden regel over het algemeen zien gehuldigd [2]) en onder de levenden alleen met toestemming der erfgenamen vervreemding toegelaten [3]). Maar te gelijk vinden wij op beide regels eene uitzondering. In een Privilegie van Keizer Hendrik, aan de stad Spiers [4]) wordt het

[1]) Voor de verzameling van Stadsrechten verwijzen wij naar Gengler *Deutsche Stadtrechte.* Erlangen, 1852 en zijn onlangs verschenen Codex juris municipalis Germaniae I. Erlangen, 1867. Vervolgens naar Gaupp's Deutsche Stadtrechte des Mittelalters I. II. Breslau, 1852.

[2]) *Freyburg in Breisgau, Stiftungsbrief* 1120 § 44. *Hagenau Stadtrecht* 1164 § 3.

[3]) *Schwerin Stadtrecht* 1164 § 14. Niemand mag vergefen sine Erfligke Göder sunder Willen siner Erfnahmen.

[4]) Ne vero aliqua persona vel major vel minor, non advocatus, non eorum naturalis dominus, illis morientibus, de eorum supellectile quicquam auferre praesumat, interdiximus. Et ut omnes liberam potestatem habeant, suis heredibus relinquendi, vel pro anima sua dandi, vel cuicunque personae dare voluerit, concessimus.

recht van uiterste wilsbeschikking toegestaan, en in Hamm de vervreemding onder levenden niet afhankelijk gesteld van den wil der erfgenamen [1]).

In den aanvang der 13 eeuw nemen de testamenten in gebruik toe [2]), hier en daar nog beperkt tot roerende zaken [3]) of alleen toegelaten als er geene vrouw of kinderen zijn ; de meeste stadsrechten echter houden noch vast aan den ouden rechtsregel, getuige Dortmund [4]) waar zelfs elke vervreemding onder de levenden, behalve alleen van baar geld verboden was.

Te Bern [5]) mocht men onder de levenden vrijelijk schenken, op het ziekbed alleen met toestemming.

In Freiburg im Uechtlande zien wij het recht van beschikking binnen enge grenzen bepaald; de gehuwde man mag alleen zijne roerende goederen vervreemden, zijn „eigen" alleen verbinden [6]).

Tegelijkertijd schijnt eene gewoonte ontstaan, uit het stadsleven voortgesproten: de zoogenaamde deeling onder de levenden. Vroeger, toen een geheel geslacht ééne zelfde hoeve bewoonde, was eene vervroegde beërving onnoodig. Maar

---

[1]) *Hamm. Rechtsbrief v. Graf Adolf* § 9. Et etiam sua vivens cui vult dare potest.

[2]) *Enns* 1212 *Innsbruck.* 1239.

[3]) *Grech* 1242.

[4]) *Dortmund Statuta* saeculo XIII. § 17. Si aliquis egrotat ad mortem, quod teutonice in sinre versogt dicitur, nihil potest dare vel alicui assignare sive in mobilibus sive in immobilibus sive in sese moventibus, nisi de consensu heredum. Si etiam unus sanus est corpore, non potest vendere vel alienare hereditatem suam sine consensu heredum, nec dare paratos denarios aut promittere, nisi illos in momento det de manu sua et se ab illis amplius excludat.

[5]) *Bern Handfeste* 1218 § 43.

[6]) 1249. § 134. 137.

toen met de opkomst van den handel ook de eigenaardigheden van het stadsleven meer zichtbaar werden, toen de kinderen, zoo zij op zich zelven gingen staan, of, zoo als men het noemt, zich vestigden, behoefte hadden aan een uitzet, om daardoor in staat te worden gesteld zich de middelen aan te schaffen waarmede zij hopen mochten een eerlijk bestaan te verkrijgen, werd het als het ware eene gewoonte, dat de vader reeds bij zijn leven, zijnen kinderen een zeker deel zijner goederen gaf. De oudste melding daarvan vinden wij in het stadsrecht van Freyburg im Uechtlande, waar bepaald was, dat kinderen hunne ouders tot zulk eene verdeeling niet konden dwingen.

Zulk eene verdeeling was eene vrije handeling van den vader, eene eenzijdige wilsverklaring, waarmede de kinderen moesten genoegen nemen.

Dikwijls echter was daarmede verbonden een afstand door de kinderen van hun erfrecht, ten behoeve hunner broeders of zusters, die nog onbedeeld waren, of ten behoeve van den vader zelven, die daardoor het recht verkreeg om met het overige te doen wat hij wilde. Ziedaar een der eerste voorbeelden der in den lateren Riddertijd in Duitschland zoo menigvuldige Erbverzichten, de tegenhangers der Duitsche Erbverträge, afstand van erfrecht bij overeenkomst. Merkwaardig is daarom voor ons het stadsrecht van Freyburg im Uechtlande, waar wij zoodanigen afstand vermeld vinden maar tegelijkertijd ook bepaald zien, dat die kon worden herroepen door den vader. Deze mocht den zoon, die had afgestaan, toch instellen, en die instelling verkreeg kracht, zoodra de zoon had ingebracht [1]).

---

[1]) *Freiburg im Uechtlande Handfeste* 1249 § 134.

Daar lezen wij dan ook een paar § verder die vreemde bepaling: „Si pater burgensis et uxor ejus et liberi eorum, sive fuerint primi, sive

Maar slaan wij ook een blik op den Sachsenspiegel. Vinden wij ook daarin den regel, dat niemand beschikkingen mocht maken na zijnen dood of, anders gezegd, waren de testamenten erkend? Hoe was het met het erfrecht der bedeelde kinderen? en, eindelijk: vinden wij ook sporen van een erfrecht, op overeenkomst gegrond?

Het vermogen bestaat, volgens den Sachsenspiegel, uit Erve en Heerwette bij den man, uit Erve en Gerade bij de vrouw. Het Heergewette dat uit zwaard, paard en harnasch bestond, erven alleen de naaste mannelijke verwanten, de Gerade, waartoe alle vrouwelijke snuisterijen, godsdienstige boeken etc. behoorden, alleen de vrouwelijke.

Al het overige heet Erve. Dit verkrijgen de zoons, of, als dezen er niet zijn, de dochters; verder de naaste verwanten, man of vrouw.

De vrouw heeft recht op de van ouds bekende morgengave, en haar aandeel in het Mustheil, waartoe gemeste varkens en hetgeen na den 30sten dag van eetwaren op de hoeve overig was, behoorden.

Tot de verplichtingen van den erfgenaam behoort dan de zoo dikwijls besproken bepaling dat hij aansprakelijk is, alleen echter met zijn roerend goed, voor de schulden. Hij behoeft geen dobbelschuld te betalen, geen roof noch diefstal te vergoeden, als hij het niet meer in bezit heeft. I. 6. Hij moet alleen die schulden betalen, waarvan de erflater reeds het voordeel genoten heeft, (wederstadunge), of waarvoor hij

---

secundi, sive prima uxor fuerit, sive secunda, inter se aliquam contractum fecerint, imperpetuum observetur, nisi de eorum voluntate revocetur;" waaruit wij bijna zouden opmaken dat over erfstelling door overeenkomst gehandeld werd, ware het niet dat de uitdrukkingen te onbestemd zijn, en wij eerst twee eeuwen later de eerste sporen van dergelijk instituut vinden.

borg is gebleven. Tot die betaling kan hij genoodzaakt worden op het getuigenis van 72 vroede mannen. Daar tegenover heeft hij het recht de schuldvorderingen van den erflater in te vorderen. I. 6.

Wat nu de wijze van beërving betreft, er is van testamenten geen sprake. De reeds onder de levenden bedeelde dochter verliest daardoor haar recht aan de Rade, als zij onbedeelde zusters heeft, of een broeder, die geestelijke is, en geene provende heeft. I. 5. Kleederen alleen zijn niet aan inbreng onderworpen. De bedeelden deelen niet mede in de nalatenschap, tenzij zij inbrengen of het moest alleen roerend goed geweest zijn, dat hun was toebedeeld. Zoo zij uitdrukkelijk van hun erfrecht hebben afstand gedaan, maar niet voor den gerechte, kunnen zij door dit met eede te ontkennen hun erfrecht terug bekomen. I. 13.

Men vindt nog eene opmerkelijke plaats omtrent het recht der naaste erfgenamen, bij vervreemding onder de levenden of na doode. Hun recht wordt volmondig erkend [1]). Zonder de toestemming zijner erfgenamen mag niemand zijn eigen of erve geven. Is het zonder hunne goedkeuring geschied, dan kunnen zij terug vorderen. Maar roerende zaken mag

---

[1]) I. 52. § 1. Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sinsegen noch sine lüde geven. Gift he 't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si jene de 't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte.

§ 2. Alle varende have gift de man ane erven gelof in allen steden, unde let unde liet gut, al de wile he sik so vermach, dat he begort mit eme sverde unde mit eme scilde up en ors komen mach, von enem stene oder stocke ener dum elne ho, sunder mannes helpe, deste man ime dat ors unde den stegerip halde. Svenne he disses nicht dun ne mach, so ne mach he geven noch laten noch lien, dat he 't jeneme mede geverne, de is sa sineme dode wardende is. Editie HOMÉYER 2 uitg. Berlin 1835.

men wegschenken of vervreemden, zoolang men gezond is en te paard kan stijgen [1]).

De tweede helft der 13 eeuw is de eigenlijke codificatieperiode der stadsrechten. De testamenten worden meer en meer gebruikt, maar tegelijk bepalingen opgenomen, om het misbruik te keeren, namelijk, uiterste wilsbeschikkingen mogen niet gemaakt worden op het ziekbed; zij moeten aan voorgeschrevene vormen voldoen, voor schout en schepenen opgesteld worden. (*Bodenwerder*). Men ging nog verder. Ziende hoe nadeelig het was voor de welvaart der stad dat de geestelijke goederen in omvang toenamen, verbood men elke uiterste wilsbeschikking waardoor onroerende goederen in handen werden gespeeld der geestelijkheid. Binnen het jaar moest zij die goederen verkoopen, en had dit niet plaats, dan geschiedde de verkoop gerechtelijk [2]).

Op enkele plaatsen wist de invloed der geestelijken deze voor hen zoo verderfelijke bepalingen te keer te gaan [3]).

Enkele rechten blijven noch aan den ouden regel getrouw, willen niets weten van uiterste wilsbeschikking, en erkennen alleen erfopvolging ab intestato [4]).

Het is belangrijk deze bepalingen te vergelijken met wat wij in den Schwabenspiegel lezen. Deze ontleende waar-

---

[1]) Want, zegt de glosse: Wi' sin gut vorgift, als he is nicht mer gebruken ne mach, di vorgift nicht das sin is, mer gift dat siner erve is.

[2]) *Boppard* 1274. *Buchhorn Privileg v. König Albrecht* 1299 § 6. *Deutschbrod Freiheiten* 1278. § 64. *Altenburg Rechtsbrief* 1256 § 21.

[3]) *Haltern* 1288. *Iglau Statuta. Landshut Rechtsbrief von Herzog Heinrich von Nieder-Baijern* 1279 § 22. *Padberg Rechtsbrief* 1290 § 10. *Amberg Rechtsbrief v. Rudolph Pfalzgraf bei Rhein* 1294. § 17.

[4]) *Ueberlingen Rechtsbrief v. König Rudolph I* 1275 § 1. Quod nemo civium, sive masculus sive femina, in hereditate succedat alicui sive hereditariam percipiat portionem, nisi heres proximior et qui est de linea et sanguine decedentis. *Buchhorn* 1275. § 1.

schijnlijk veel aan den Deutschenspiegel, en ontstond tusschen 1273—1283. De clericale sympathiën van den schrijver verklaren ons wat anders raadselachtig schijnen zou. Wij vinden hier herhaaldelijk van uiterste wilsbeschikkingen, onder den naam van Geschäffte, melding gemaakt, zoowel van gewone als van openbare. Maar in hoeverre is dit recht door dat der erfgenamen beperkt?

Hij, die zonder erfgenamen sterft, mag „schaffen", (30); dezen mogen ook „sich versûmen" (22); over roerend goed mag hij altijd „schaffen," over onroerend goed alleen met toestemming zijner erfgenamen.

Omtrent het herroepen van zoodanige beschikkingen lezen wij, dat dit alleen kan geschieden in gevallen van „ehehafter Noth" d. i. honger, koude en onschuldige gevangenis. — Maar de erflater mag ook alles overdragen bij zijn leven, als het maar geen «fluhtsal» is, en hij met de overgave van «Nutz und Gewer» ook van zijn recht daarop afstand gedaan heeft. 259.

Ook over de bedeeling vindt men het een en ander. Op 25 jaar, moet de vader den zoon een uitzet geven; is er slechts één zoon, het $^1/_5$ van het vermogen, zijn er meerderen, dan aan hen te zamen $^2/_5$ (159).

Bij zulk eene bedeeling is dikwijls afstand van erfrecht bedongen, maar door in te brengen kunnen de erfgenamen hunne rechten weder herkrijgen. Eindelijk treffen wij nog eene bepaling aan, die voor ons van belang is, namelijk dat eene nog slechts verwachte erfenis niet mag worden weggegeven [1]).

In de 14. eeuw zien wij de testamenten meer en meer in zwang komen [2]) nu eens testamenten genoemd dan met den Duitschen

---

[1]) Schwabenspiegel. Landrecht. 33. Uitgave Wackernagel.

[2]) *Auspitz* 1363. *Aussig* 1372. *Ingolstadt Rechtbrief* 1312. § 7, *Landshut Rechtsbrief v. Kaiser Ludwig IV* 1341 § 14. *Ludingshausen Rechtsbrief* 1307.

naam van Geschäffte betiteld [1]), maar tegelijker tijd ook maatregelen genomen om de misbruiken daarvan te keer te gaan. Nu eens vinden wij bepaald, dat zij slechts in een bepaalden vorm gesloten, geldig zijn, voor twee getuigen of in tegenwoordigheid van het stedelijk bestuur [2]), dan eens dat de wettige erfgenamen niet geheel mogen onterfd worden [3]); dat voor de geldigheid van het testament goedkeuring noodig is van den landheer, zoo geestelijken de bevoorrechtte personen zijn [4]); dat het testeeren alleen geschieden mag door een gezond mensch, en niet over Heergewette of Gerade [5]).

In het stadrecht van Ingolstadt [6]) komt dan nog de zonderlinge bepaling bij het testament der vrouw over morgengave voor, dat, telkens als haar man 10 ℛ armer werd, zij over een ℛ minder mocht testeeren.

Voorts vinden wij nog bepalingen die innig te zamen

---

[1]) *Cham Stadtordnung* 1341. § 18. *Deggendorf Priviteg von Agnes von Ungarn* 1316 § 28. 29 *Werda Rechtsbrief* 1377.

[2]) *Augsburg* 1397 Sept. 14. Der Rath zu Augsburg beschliesst: weilen die Geistlichkeit durch allerhand Künste von den Leuten auf ihrem Todbett allerley dem gemeinen Wesen schädliche Vermächtnüsse in die Closter erpresset — dass künftig nur diejenigen letzwilligen Anordnungen zu Recht bestehend und vollziehbar sein sollten, welche vor dem Rathe mit dem Stadssiegel bekräftiget worden seien. *Basel Rathschluss* 1386.

Breslau 1338 König Johann verordnet, das Testamente nur durch die gehörige Bestätigung des Erbherrn Kraft und Gültigkeit erhalten sollten.

Werda 1377 *Wismar* 1323 *Rathswillkuhren.* „Nen unser Borghere, man eder wif, magh eder schal testament maken eder setten eder geneghe ghave geven na dode," dan alleen voor twee raadslieden, anders zal dat testament en die gave magtloos zijn.

[3]) *Biel Stadssatzuug* 1380 art. 9.

[4]) *Breslau Verordnung v. König Johann.* 1338.

[5]) *Munchner jus civile* 1326 § 8.

[6]) *Stadtrechtsbuch v. Ludwig IV.* § 20.

hangen met de toenmalige stadorganisatiën. Zij ontstonden in tijden, toen de Duitsche steden ten gevolge van inwendige revolutiën een democratisch bestuur erlangden.

Toen alle burgers deel kregen aan de regering, toen door volkskeuze mannen uit hun midden werden aangewezen om in een vast lichaam, Schout en Schepenen ter zijde te staan en voortelichten, begon men nauwlettender te worden op het geven van het burgerrecht. Men was bezorgd vreemdelingen invloed toe te kennen in stads aangelegenheden, en van daar de bepaling dat onroerend goed niet komen mocht in andere handen dan in die van burgers der stad.

Waren nu echter de ingestelde erfgenamen geene burgers der stad, dan konden zij, door zich daar te vestigen, er het burgerrecht ontvangen en hunne rechten laten gelden [1]. Daar naast staat dan het verbod van beschikking over onroerende goederen ten voordeele der geestelijken, dat wij in de vorige eeuw reeds aantroffen [2].

Thans wordt het zeldzaam eene bepaling aan te treffen als die van het stadsrecht van Brunn [3], dat testeeren alleen geoorloofd is over wat aan baar geld nagelaten wordt.

De groote regel, die eeuwen lang het Duitsche erfrecht beheerscht had, zien wij tot uitzondering geworden. Het recht van beschikking na doode, zij het dan ook onder verschillende vormen, is thans algemeen erkend; de oude ge-

---

[1]) *Ronneburg Rechtsbrief* 1380 § 2 en 3. *Andernach* 1320. *Verordnung von Erzbisschof Heinrich von Cöln.*

[2]) *Cassel Rechtsbrief von Landgraf Heinrich II* 1337. *Dinkelsbühl Statuta* § XV, XVI.

[3]) *Brünn* 1331 10 Sept. König Johann von Böhmen — „statuimus quod qui testamenta in extremis facere cupientes, non in possessionibus seu hereditatibus vel bonis quibuslibet, sed in parata dumtaxat pecunia liberam testandi habeant facultatem."

woonte, diep geworteld in de zeden van het volk, is verdreven door een vreemd recht, dat de geestelijkheid had ingevoerd, en waarvan zij groote voordeelen getrokken had.

Maar behalve over testamenten, vinden wij ook nog andere bepalingen over erfrecht.

Terwijl wij in Burgdorf de voorschriften omtrent de overeenkomst van afstand van erfrecht, bij bedeeling, die wij in Freyburg aantroffen, terug vinden, volgt daar dan ook weder die vreemde bepaling, die ons aan erfstelling door overeenkomst zou doen denken, zoo niet dezelfde bezwaren, die zich daar tegen de aanneming daarvan verzetten, zich ook hier lieten gelden.

Het recht der erfgenamen zien wij nog hier en daar erkend. Alleen in geval van grooten nood was eene vervreemding van het geheele vermogen geoorloofd, dan ontvingen de kinderen een derde deel der kooppenningen; maar tegelijk was ook de bepaling gemaakt, dat de vader onder zijne kinderen zijn vermogen verdeelen mocht, zooals hij dat wilde. In de 15e eeuw blijft diezelfde toestand voortduren, de testamenten zijn erkend (*Coburg*, *Bulach*, *Datschitz*, *Troppau*) maar tegelijk ook de zelfde beperkende bepalingen in stand gehouden. De ingestelde erfgenamen moeten in de stad wonen (*Blankenburg*); als erfgoederen aan geestelijken zijn vermaakt, moeten zij binnen twee jaren in wereldlijke handen overgaan (*Bonn*, *Boppard*); soms zijn alleen publieke testamenten geldig (*Breslau*). Eene uitzondering eindelijk is de bepaling in het stadsrecht van Duderstatt, waar elke beschikking na doode krachteloos verklaard wordt, zoodra over meer dan 3 ℛ gehandeld wordt tegelijk bleef de gewoonte bestaan, om reeds gedurende het leven met zijne kinderen afrekening te houden, en hun hun deel, gelijk of ongelijk, naar de willekeur van den vader te schenken. Daarmede was dan soms afstand verbonden, door de kinderen gedaan van verder erfrecht op de vaderlijke, of,

want meestal hadden reeds de echtgenooten hunne goederen gemeen gemaakt [1]), ouderlijke nalatenschap [2]).

Maar ook nog bij eene andere gelegenheid was afstand van erfrecht door overeenkomst gebruikelijk, namelijk, als een kind in een klooster ging.

Eindelijk vinden wij gewag gemaakt van nog een ander geval van afstand van erfrecht door overeenkomst. Tusschen man en vrouw, geen ongedeeld goed, zegt de Sachsenspiegel; hetzij nu dat de gemeenschap wettelijk was ingevoerd, hetzij dat door wederzijdsche schenking de echtgenooten feitelijk daarstelden wat ginds door de wet was bepaald, zoo bleef toch als een gevolg daarvan, de langst levende der ouders dikwijls met de kinderen in een overdeeld goed. Wanneer deze nu hertrouwde, zich «veranderde,» noemen de bronnen het, vorderden de kinderen dikwijls verdeeling; vandaar strijd en verdeeldheid, waarvan wij de sporen bijna op elke bladzijde der stadsrechten ontmoeten. Dikwijls had die verdeeling geen plaats, maar werd zij vervangen door eene overeenkomst, die gerechtelijk moest zijn, en voordeeliger voor de kinderen dan eene dadelijke inbezitstelling. Van daar dan ook die bepaling, die wij in de stadsrechten der vorige eeuw zoo herhaaldelijk aantreffen, dat het recht van beschikken den man gegeven wordt gedurende zijn huwelijk, maar hem ontnomen, zoodra dit ontbonden is.

In Stuttgardt vinden wij die bepaling eenigszins gewijzigd: daar mocht vader of moeder gedurende hunnen weduwlijken

---

[1]) *Grossen* 1469 7 Mai *Görlitz Willkühr.* 1433.

[2]) *Salzwedel Stadtrechtsbuch* 4. Daaruit volgt dan een recht van beschikking voor den langstlevende der ouders over hetgeen niet is uitgedeeld; soms mag het testament alleen de verwanten zelve bevoordeelen. Het is dan tusschen deze alleen dat hij de keuze van bevoordeelen heeft. (*Zeulenroda.*)

staat, slechts het eene kind boven de andere bevoordeelen, wanneer dit geschied was, in het openbaar, voor schout en schepenen.

Wat later door overeenkomst bepaald werd, de unio prolium, zien wij in Landshut wettelijk voorgeschreven, en gevolgd door de bepaling dat huwelijksche voorwaarden niet behoeven in schrift gebracht te worden. Eene overeenkomst eindelijk over erfopvolging, niet in het privaat- maar in het publiek-recht levert ons de Erbverbruderung op, in 1483 tusschen de beide graven Eberhard van Wurtemburg te Balingen gesloten.

Wij vatten kortelijk de slotsom samen waartoe wij gekomen zijn.

Den ouden regel, die alle beschikking na doode krachteloos verklaarden zagen wij bestreden, terug wijken, eindelijk geheel verdwijnen. Toen die regel heerschte, kende men aan de erfgenamen een recht toe op de goederen van hunnen aanstaanden erflater. Maar minder algemeen in zwang, en later ontstaan, hield dit recht niet lang stand. In Saksen waar het het eerst was erkend geworden, werd het nog het langst gehandhaafd.

Met het verdwijnen van den Germaanschen rechtsregel komen de uiterste wilsbeschikkingen telkens meer in gebruik. Door de geestelijkheid ingevoerd, die er haar voordeel mede wist te doen, raakten ze meer en meer in zwang. Het streelde den menschelijken trots dat, na den dood, de wil als het ware, bleef voortleven, en wat de geestelijkheid had aangevangen werd voortgezet door de wereldlijke macht. In den aanvang der 15 eeuw zijn de testamenten overal erkend.

In hoeverre het recht der erfgenamen ook den wil van den erflater beperken mocht, vrij bleef hij om zijne goederen reeds bij zijn leven onder zijne kinderen te verdeelen, zoo maar terstond het bezit werd overgegeven. Deze gewoonte

had haren oorsprong te danken aan het geven van een uitzet, wat soms voorgeschreven soms, zooals in de steden, door nieuwe toestanden noodzakelijk geworden was.

Met die uitzet of bedeeling, «Abschichtung aus der Wehre,» «Aussteuerung» noemen het de Duitschers, was dikwijls een afstand van erfrecht door overeenkomst verbonden, die echter door den vader eenzijdig kon worden opgeheven. Het werd de oorsprong der latere Erbverzichten.

Zulke handelingen vinden wij meermalen vermeld ook als een kind in een klooster werd opgenomen.

Eindelijk een eerste spoor der latere erfstellingen door overeenkomst vinden wij in het geval dat de moeder hertrouwde, en nu over de onverdeelde goederen van den vader, die, bij diens dood, op haar waren over gegaan, met de kinderen eene overeenkomst aanging. In den aanvang der 16 eeuw vinden wij in een Land- en een Stadrecht van erfstelling door overeenkomst meldig gemaakt. In beide gevallen echter worden zij alleen genoemd om ze te verbieden. *De New Reformierte Landesordnung der fürstlichen Graffschafft Tyrol* van 1573 [1]) bevat sterke vermaningen tegen die vreemde en gevaarlijke overeenkomsten in huwelijks voorwaarden, en de *Francfurter Reformation* van 1509 verbood ze omdat daardoor de vrijheid van uiterste wilsbeschikking aan banden gelegd werd.

Ziedaar het resultaat waartoe wij kwamen. Thans blijft ons over een onderzoek in te stellen naar de middelen, waardoor men trachtte het verbod van beschikking na doode te ontwijken; een blik op de ontwikkeling van de zoogenaamde Vergabungen zal ons wellicht instaat stellen de vraag naar den oorsprong der erfstelling door overeenkomst te kunnen beantwoorden.

---

[1]) Buch III. Tit. 1.

Het voornaamste bestanddeel van het vermogen vormde het grondbezit. Wanneer nu iemand wenschte eenen ander, dan een zijner erfgenamen te bevoordeelen, droeg hij hem, onder de levenden een geheel of een gedeelte van een grondstuk over. Hij behield zich dan een soort van zakelijk recht voor, «Nutz und Gewere», dat aan eene ontbindende voorwaarde verbonden was, den dood van den schenker. Omdat de bevoordeelde eerst in de Gewere werd gesteld bij den dood van den schenker, noemde men zulke schenkingen Vergabungen von Todes Wegen. Bij roerende zaken waren zij niet mogelijk, want daar gold de regel *Hand muss Hand wahren*, waarvan het gevolg was, dat, zooals wij het thans zouden uitdrukken, de bezitter tegelijk eigenaar was. Bij roerende zaken toch had men geene rechtsvordering tegen iederen houder, alleen maar tegen hem, aan wien de zaak gegeven was. Was de zaak echter geroofd of gestolen dan kon de eigenaar met de *anevang* ze van iederen houder terug vorderen.

Hier was dus eene handeling niet mogelijk waardoor de bevoordeelde eerst bij den dood van den schenker in het bezit kwam der zaak en zij was ook niet noodig. Ware dit het geval geweest, zeker zou men wel een middel hebben uitgedacht, gelijk men dit later deed. Maar roerende zaken waren weinig in tel en vooral slechts als toebehooringen van onroerende zaken kwamen zij ter sprake.

In die hoedanigheid maakten zij dan ook een voorwerp uit van Vergabungen, en onnoemelijk zijn de gevallen waarin wij dat vermeld vinden.

De plaats, die Dieck als een bewijs van het in zwang zijn der Vergabung van roerende zaken aanhaalt [1]), is een een-

[1]) Quicquid in die obitus mei de hac luce in pecuniali causa non

voudig testament. Geestelijken waren de begiftigden, en wij zagen hoe juist deze op tijdelijke voordeelen gesteld waren. De onderteekening daarvan door 7 getuigen is duidelijk aan het Romeinsche recht ontleend. De beweering van Dieck dat men zich van de *getreue Hand* bediende, voor zoodanige Vergabungen von T. W. van roerende zaken, gaat niet op, daar dit instituut het eerst vermeld wordt in de stadsrechten van Goslar en Munchen, ruim 400 jaren later. Om kort te gaan Vergabung von T. W. van roerende zaken was niet in gebruik, omdat er geene behoefte aan was.

Hoe geschiedde nu die handeling? Door middel van de Auflassung, zegt Beseler, en deze splitste zich weer in twee handelingen, een symbolische overdracht, Sala genoemd, die wij in een capitulare van Lodewijk den Vrome beschreven vonden, en de investitura, de feitelijke inbezitstelling. Nu werd die laatste handeling uitgesteld tot den dood van den schenker, en dan, want er mocht geen strijd ontstaan met den regel, die elke beschikking na doode verbiedt, eigenmachtig door den bevoordeelde verricht.

Hoe nu die Auflassung zelve geschiedde, van welke symbolen men zich daarbij bediende, of de eerste handeling traditio, de tweede investitura of omgekeerd genoemd werd, of zij gerechtelijk geschieden moest enz., zijn zeer betwiste punten, die wij, als voor ons onderwerp niet van dadelijk belang, gerust kunnen ter zijde laten.

Ééne vraag echter moet beantwoord worden.

Wat werkte zulk eene Auflassung bij de Verg. v. T. W.? Beseler geeft twee gevolgen op: of opname in het Gesammteigenthum of eigendom bij den bevoordeelde, en een soort van vruchtgebruik bij den schenker, dat Nutz nnd Gewere

---

datum et non usitatum reliquerim. *Formulare Goldastinum* n°. XV in ERSCH und GRUBER's *Encyclopedie*. Theil 4o voce. Erbvertrag.

genoemd werd. De meeste schrijvers nemen tegenwoordig alleen het laatste gevolg aan, en verwerpen het Gesammt-Eigenthum. De erfgenamen traden meestal toe als hun recht erkend was.

Aldus in het tijdperk der diplomata.

Toen nu later bij de opkomst der steden roerende goederen in aanzien stegen; toen door handel en nering ook deze eene beteekenis verkregen die zij vroeger niet gekend hadden, kreeg men behoefte aan Vergabungen van roerende zaken. Dikwijls toch geschiedde het dat iemands vermogen geheel uit roerende goederen bestond. Waarom zou dan ook hij niet in de gelegenheid zijn die ter zake des doods weg te schenken? En toch zijn de voorbeelden die wij er van vinden zeldzaam. Zou het niet zijn omdat door de testamenten reeds in die behoefte voorzien werd?

Zoo vindt men in het Saksische Schepenenrecht een voorbeeld genoemd. Voor het gerecht kende men eene vordering op eene bepaalde geldsom toe, die eerst met den dood invorderbaar werd.

Nog eene andere wijze was mogelijk, meende men; nadat, bij het zur treuen Hand ausgeben, de eigenaar ook eene rechtsvordering bekomen had tegen den derden bezitter, was het mogelijk geworden zich ook van dit middel te bedienen om eene Vergabung van roerende zaken daar te stellen. Nu droeg de schenker het eigendom over aan den begiftigde, die dan de zaak weder bij hem deponeerde.

Deze redenering gaat echter aan een groot euvel mank, men vergeet dat de depositaris geen zakelijk recht heeft. Was dit het geval, dan hield de regel op, die alleen bij de treue Hand gold.

Daarom kon dit Instituut onmogelijk van dienst zijn. Nu blijft echter de groote vraag te beantwoorden over, was het geheele vermogen wel eens het voorwerp van zulke Verga-

bungen? Daartoe dient een blik op het vermogen vooraf te gaan.

Het Duitsche recht kende geene universal-successie; het vermogen was niet een rechtspersoon, maar alleen de toevallige vereeniging van verschillende goederen in de hand van één levend wezen. Bij diens dood viel alles uit elkander. Zooveel verschillende soorten van goederen, zooveel verschillende erfgenamen.

De opvolgers in de bijzondere soorten hadden verschillende schulden te voldoen, die op ieder afzonderlijk rustten. Zoo volgen de naaste vrouwelijke verwanten op in de Gerade, de naaste mannelijke in de Heerwette, en beiden dragen zij in de schulden die daartoe behooren.

Zal het daarom noodig zijn bij elk dezer vermogens deelen ons af te vragen, of daar opvolging bestond door overeenkomst? Neen, want al kent het D. R. niet een erfgenaam, zooals het R. R., al zijn het verschillende personen, die op verschillende goederen rechten verkrijgen, zoo zijn het toch alleen die welke Erven bekomen, de onroerende goederen, die ook de rechtsvorderingen verkrijgen.

Daarom komt het er voor ons niet op aan, of zulke soorten van goederen tegelijk het voorwerp waren van Vergabung; van sommigen was dit toch niet mogelijk, daar de beschikking daarover nooit behoorde aan den erflater, zoodat zelfs toen de testamenten in zwang kwamen daarover niet mocht worden getesteerd. Wij kunnen de vraag dus eenvoudiger stellen. Waren Vergabungen van alle tegenwoordige goederen, voor zoover die mogten vervreemd worden, in zwang? en vervolgens: was ook eene Vergabung mogelijk van tegenwoordige en toekomende goederen?

Nu vindt men in alle tijden voorbeelden van Vergabung van alle tegenwoordige goederen; het eigendom werd overgedragen, en men ontving het bezit als precarium terug, of

tegen betaling van rente. Bij den dood van den schenker kwam nu ook het bezit in handen van den begiftigde. Wij zagen daarvan reeds een voorbeeld bij de Franken, in de Affatomie, en telkens vinden wij het in latere Charters en diplomata terug.

Men vindt het voornamelijk ten gunste der geestelijkheid en in de dagen van het landbezit. In de stadsrechten en de rechtsboeken vinden wij bijna niets daaromtrent. Of nu eene enkele hoeve of meerdere weggeschonken werden, deed niets ter zake; de vorm bleef immer dezelfde, het was eigendomsoverdracht onder de levenden, en de middelen, die daarvoor dienden, werden dus ook hier aangewend. Dat zulk eene handeling onherroepelijk was, spreekt van zelf; of echter de verplichting tot betaling van schulden ook overging is moeijelijk te bepalen.

Wij naderen thans eene moeielijker vraag. Waren Vergabungen van tegenwoordige en toekomende goederen gebruikelijk? Wij vinden een diploma [1]) van het jaar 837, waarin zeker iemand aan het klooster St. Gallen schenkt omnia quae in pago . . . . in die praesenti visus sum habere in omnibus rebus, vel deinceps conquiram usque ad tempus vitae meae. Dit draagt hij over, en ontvangt gedurende zijn leven het bezit terug, waarvoor hij een census betaalt. Een testament kan dit niet zijn, want de eigendom was dadelijk overgedragen, en om dit aantetoonen werd jaarlijks de census betaald. Was het dan eene Vergabung en het eerste voorbeeld eener Vergabung van een geheel vermogen van tegenwoordige en toekomende zaken? Wij zien weder, even als bij de Langobarden (en St. Gallen lag niet verre van hun land verwijderd) Romeinsche en Germaansche regels vereenigd.

Men gebruikte het Germaansche Instituut der Vergabungen

---

[1]) HERRGOTT, *Geneal. gentis Habsburg.* II. p. 24.

en men paste dit toe op een vermogen in Romeinsch rechtelijken zin. Daar de geestelijkheid hier weer in het spel is kan ons dat niet verwonderen. Een eigendomsoverdracht bij de Vergabungen was immers onherroepelijk, en in het testament zou de beschikking elk oogenblik weder hebben kunnen herroepen worden.

De plaats uit den Sachsenspiegel [1]) «sve so ime erve to seget, nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gerichte gestedeget si», die men dikwijls als een bewijs voor de erfstelling door overeenkomst beschouwd heeft, leert alleen dat, zoo de Auflassung beloofd was, men die niet kon eischen, zoo het niet gerechtelijk geschied was. Met Erve moet bedoeld zijn wat er honderden malen mede bedoeld wordt, een grondstuk, niet een vermogen, daar dit laatste alleen aan het Romeinsche recht zou kunnen ontleend zijn, en wij in den Sachsenspiegel geene sporen van Romeinsch recht aantreffen. Zelfs van testament is daar geen sprake. In den Schwabenspiegel vinden wij de Vergabung vermeld, waarvan het gevolg was overdracht van eigendom, met behoud, gedurende het leven, van Nutz und Gewere, tegen het betalen van een census. Verder: also enmac ouch nieman dem andern dehein erbe gegeben des er nit geerbet hât. [2])

Sinds de 13e eeuw vinden wij vooral in Schöffenurtheile voorbeelden van Vergabungen van tegenwoordige en toekomende zaken; dat echter niet de nalatenschap het onderwerp der Auflassung was, maar het eenvoudig als eene schenking beschouwd werd van tegenwoordige goederen blijkt uit menig Schöffenurtheil [3]).

---

[1]) II. 30.

[2]) XXXIII.

[3]) Als voorbeeld diene een *Schöffenurtheil* in BÖHME's *dipl. Beitr.*

Men gebruikte de Auflassung en bij de tegenwoordige goederen fingeerde men de toekomende. Het gevolg was dus dat men alle recht van beschikking voor altijd verloor. Maar daarom stipuleerde men er het recht van vrije beschikking bij. Een voorbeeld daarvan vinden wij in het Kulmische Recht. [1]).

VI. p. 151. 4. Ein man ist komen vor gehegeth ding mit wolbedachten mute und hot do seinem elichen weibe uffgegebin di helfte alle seinis gutis und erbis, is sey beweglich und unbewegelich, das her nu hette adir hernochmols hoben worde, das her das erblich und frei an alle seinir nehisten frunde wedirsproche noch seime tode folgin unde bleibin. Doch behilth her im di hirschaft unde macht seines erbes und gutes di weile her lebete. dornoch gab man im ein haus uff vor gehegtim dinge, das her gekouft hatte, im seinen erbin und elichen nachkomelingen frei und erblich czu habin unde czu besitzezen. Der man ist tot. Nu sprechin des totin mannis frunde, di frawe habe an dem hausze nicht teilis, dorumme das im der tote man ausgenomen hatte hirschaft und macht, di weile her lebete, und sedir molis im und seinen erbin und elichin nochkomelingin das haus vor gehegtim dinge uffgegebin ist. — Nu spricht die frawe: Mein man hot mich vor gehegtim dinge einen erbeling gemacht noch meinir brife laut und her hot mir das nicht gebrochin domethe, das her im und seinen erben und elichin nochkomelingin, das haus hot lossin uffgebin. wenne ich denne sein gemachtir erbeling und bestetiget bin, und her mit der macht, di her im behilth, seinis erbis und gutis nicht weg gegebin hot, alzo obene stehit, noch mich der irstin gobin nicht machtlos gemacht hot. so vorsehe ich mich recht darczu, der helfte czu habin des hauses. Bethe wir ewir underweisunge noch desin vorgeschrebin wortin, ab des totin mannis gobe bestehin sulle und der frawen di helfte des hauses bleibin sulle.

Urtheil. Noch dememole der man hirschaft seinis gutis behilt, do het seine frawe begobete, hot her dornochmals das haus im und seinen erbin und elichin nochkomelingin gekouft uud alzo vor gerichte entpfangin hot. so hot di frawe nicht teilis an dem hause, noch demol di frawe in dem hause und entphounge vorswegin ist.

[1]) *Das Kulmische Recht.* IV 22. Ausgabe Leman. Von gobe und von teylunge gegebenes gutes der mutir und yrme kynde. Gebit und vorreicht

Thans aan het einde doet zich de vraag voor: hebben de erfstellingen door overeenkomst, die later in Duitschland in zwang waren, zich geleidelijk ontwikkeld uit de Vergabungen?

Het is beweerd en ontkend geworden.

Men wees op de Auflassung, die het middel was bij Vergabungen en het niet zijn kon bij de latere erfstellingen door overeenkomst, maar men antwoordde dat de Auflassung haar eigenaardig karakter verloren had. Van het oogenblik af dat ook toekomstige zaken het voorwerp van Vergabungen waren, trad de overeenkomst, die aan de Auflassung voorafging, in de plaats van de eigendomsoverdracht, en was de Vergabung, naar men meende, in eene erfstelling door overeenkomst veranderd.

Toch geloof ik dat dit niet opgaat, en dat de kiem der latere erfstellingen door overeenkomst in iets geheel anders moet gezocht worden. Het eenige wat ik kan toegeven is, dat misschien de verdere ontwikkeling van deze Vergabungen, zoo zij niet door het Romeinsche recht was verstoord geworden, zou hebben kunnen leiden tot erfstellingen door overeenkomst. Maar dat zij er toe geleid heeft ontken ik. De Vergabungen waren schenkingen, en eene diepe kloof scheidt deze van erfstellingen door overeenkomst. Daarbij komt dat juist in hare laatste periode de vroeger onherroepelijke Vergabungen door de clausule van vrije beschikking herroepelijk geworden waren; eene tweede kloof, want bij de latere Erbverträge is juist de onherroepelijkheid het wezen van het instituut.

Nu werd die onherroepelijkheid later wel bestreden maar

---

eyn burger vor richter und vor scheppen in gehegetem dynge syme wybe und synen kyndyrn alle syn gut und erbe noch syme tode tzu tune und tzu lasene. Dy wile her abir lebit. das her selbir domytte wil tun und losen. Und was denne der burger noch syme tode gutes und erbes gelossen hot. das sal dy mutir und dy kynder gelich teyln noch personen tzal. Vergelijk ook de vorige noot.

het was zuiver uit een Romeinsch rechtelijk oogpunt. Hoe men de zaak dus ook wende of keere, nimmer kan men den oorsprong van het latere instituut in het vroegere vinden. De Vergabungen waren in den aanvang onherroepelijk, en schenkingen onder levenden, later begonnen zij meer gelijkenis te krijgen met Erbverträge maar waren toch herroepelijk. Daarbij komt dan het gelijktijdig in zwang komen der erfstellingen door overeenkomst, buiten Duitschland, waar het instituut der Vergabungen onbekend was. Dit noodzaakt ons de kiem van ons instituut elders te zoeken in eene meer algemeene oorzaak; en tot dat onderzoek gaan wij thans over.

VIERDE HOOFDSTUK.

Het ontstaan der Erfstellingen door overeenkomst.

Het resultaat van ons onderzoek was tot nu toe negatief. Wij trachtten aantetoonen, dat erfstellingen door overeenkomst on-Romeinsch waren, en ook niet aan eene Germaansche gewoonte haar aanzijn ontleenden.

De Affatomie der Salische Franken was eene geheel andere handeling, eene schenking onder levenden, die spoedig in onbruik geraakte, en de herroepelijkheid was de diepe kloof, die ook in de allerlaatste ontwikkeling der Vergabungen dit instituut scheidde van erfstellingen door overeenkomst.

Maar bij den blik, dien wij op de Middeleeuwen wierpen, sloegen wij noch geen acht op een hoofdbeginsel dier tijden, die de geheele toenmalige maatschappij beheerschte.

Wij bedoelen het Leenrecht.

Het ontstaan en de ontwikkeling te schetsen van deze Reuzengestalte der Middeleeuwen (zooals Warnkoenig het noemt) ligt buiten ons bestek. Het Leenstelsel was eene eerste ordening der Germaansche maatschappij, eene regeling niet uit toeval, maar uit noodzakelijkheid ontstaan, de eerste schrede die uit

de barbaarschheid leidde tot de beschaving. Het was het recht van den sterkste, dat den boventoon had, een ijzeren arm die op Europa rustte, maar wij moeten er bijvoegen eene weldaad voor de eeuw, waarin het beginsel ontstond, evenals het caesarisme voor de bandelooze republiek van later dagen geweest is.

Het leenwezen was een persoonlijke band, die, op grondbezit berustende, door overeenkomst was in het leven geroepen [1]). Terwijl in de tegenwoordige zamenleving geboorte, niet overeenkomst, opname in de maatschappij bewerkt, was dit in het leenstelsel geheel anders; daar besliste vrijwillige keuze over de toetreding, en die zelfde regel beheerschte ook het erfrecht in het leenrecht.

In Rome werd de vrijheid van den individueelen wil door het instandhouden der testamenten als volksgewoonte gehuldigd.

Bij de Germanen heerschte de opvolging der naaste magen, die zelfs tot een recht der erfgenamen, nog bij het leven van den bloedverwant, leidde.

Hier was toestemming noodig van den leenheer; het relevium in de dagen, toen de erfelijkheid der leenen reeds in kracht was, bewijst het.

De grondslag was gelegd, waarop de latere erfstellingen door overeenkomst konden ontstaan.

Wij zullen in het vervolg zien, hoe met de geschiedenis van het Leenstelsel ook de geschiedenis van ons instituut zamenhangt; hoe dit laatste, toen in Frankrijk het Koningschap de overwinning behaalde, alleen in zooverre in stand bleef, als het reeds gemeen goed geworden was van alle burgers,

---

[1]) La société féodale ne se formait, ou plutôt elle ne se reformait entre le suzerain et le vassal, à chaque renouvellement de génération, que moyennant le consentement formel de l'un et de l'autre, et par leur engagement réciproque. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en France* IV 23.

en niet langer een uitsluitend voorrecht was van den adel; hoe het in Duitschland daarentegen veel uitgebreider in zwang bleef, omdat daar ook het Leenstelsel zelf een veel langduriger bestaan had.

Het erfrecht in het Leenstelsel, op overeenkomst berustende, was een genus, waarvan de bijzondere erfstellingen door overeenkomst, die wij behandelen, als het ware eene species waren. Wij bedoelen niet de overeenkomst, die de erfgenaam aangaat met den Leenheer; die geldt eene hereditas delata, maar de toestemming van den Leenheer, die de vasal noodig heeft om eenen erfgenaam te benoemen; daarom, wij zien hier niet de kiem van ons instituut, maar slechts den bodem, die geschikt is om het te ontvangen.

Het allereerst schijnen de overeenkomsten, waarbij over afstand van erfrecht gehandeld werd, in zwang te zijn gekomen: en geen wonder, waar de primogenituur was doorgevoerd, gelijk in het Leenstelsel, werden de dochters, bij hare huwelijksgift, genoodzaakt van haar erfrecht aftezien. Het was een beding, die spoedig ook tot de lagere standen afdaalde, en die wij in de Duitsche stadsrechten menigvuldig vermeld vinden.

De Leenheer had er groot belang bij, een goed vasal te hebben, daarom mengde hij zich, ook toen de Leenen erfelijk geworden waren, in de regeling der opvolging.

Toen het mogelijk geworden was, dat ook dochters een Leen erfden, verkreeg hij het recht om haar tot een huwelijk te dwingen en haar uit enkelen eene keuze te geven, die hij geschikt achtte om de plichten van het Leenmanschap te vervullen.

Onder de zonen volgde meestal de oudste in het Leen den vader op; maar om die waardigheid met klem te kunnen voeren, om aan het gezag kracht bij te zetten, waren groote inkomsten noodzakelijk; vandaar dat men de andere kinderen,

vooral de dochters, na ze een uitzet gegeven te hebben, noodzaakte van verder recht op de vaderlijke nalatenschap afstand te doen.

Eene decretale van Bonifacius IV bevestigde de geldigheid dier overeenkomsten, zoo zij met eede gesterkt waren. Zulke afstanden kwamen reeds vroegtijdig in zwang, en wij zagen dat ze niet alleen bij den adel maar ook in Duitsche stadsrechten gehuldigd werden.

Maar zulk een zoon, die eene schitterende toekomst had, moest zich eene gade zoeken zijner waardig, en deze, opgenomen in een nieuw geslacht, moest er het hare toe bijbrengen om luister aan die verbindtenis bij te zetten. Geen onbemiddelde, maar eene rijke erfdochter, was de persoon naar wie zulke ridders omzagen, en van daar dat in de huwelijksovereenkomsten de gelegenheid werd te baat genomen om zich van dat erfdeel te verzekeren. Eene plechtige belofte van de ouders of verwanten der bruid, waarbij zij haar erfrecht voorbehielden of toekenden, werd bezegeld door de verklaring der ouders van den bruidegom, dat zij hem, als hun oudsten zoon, uithuwelijkten.

Eindelijk, want het waren woelige tijden waarvan wij gewagen, een vader, rijkelijk met tijdelijke goederen gezegend, vreesde voor onderlingen strijd tusschen zijne erfgenamen, bij het deelen zijner nalatenschap. Hij duchtte, dat zijn vaderlijk woord niet zou worden geëerbiedigd, als de vaderlijke macht niet meer daar was om klem te geven aan zijn uitgedrukte wil, en van daar dat eene overeenkomst tusschen den erflater en de erfgenamen de opvolging regelde, en zoodoende twisten voorkwam.

Als een voorbeeld van zoodanige erfstellingen in huwelijksche voorwaarden verwijzen wij naar een diploma, dat MARTENE en DURAND ons mededeelen. [1])

---

[1]) *Veterum scriptorum et monumentorum collectio* I. p. 986. Ao. 1189.

In de huwelijksche voorwaarden van zekeren graaf Galerannus met Margareta, de dochter van Rudolph de Feugères, stelt graaf Robert, de vader van den bruidegom, den zoon, die uit dat huwelijk zou geboren worden, in tot zijnen universeelen erfgenaam, voor het geval dat Galerannus vóór zijnen vader kwam te sterven.

Wij zagen de omstandigheden, die aanleiding gaven tot het ontstaan der erfstellingen door overeenkomst. Thans vragen wij wanneer ontstonden zij? Die vraag kan slechts zeer in het algemeen beantwoord worden. Het leenwezen waarvan, volgens de meening van velen, reeds in de 5e eeuw de kiem aanwezig was, was in de 11e eeuw geheel ontwikkeld. Sinds dien tijd kan het dus ontstaan zijn. Nu is het *conseil a un amy* van Pierre des Fontaines (1250) het eerste werk, waarin wij van erfstellingen door overeenkomst melding gemaakt zien. Zij worden daar van onwaarde verklaard maar de Romeinsch-rechtelijke sympathien van den schrijver verklaren ons dit. Eene eeuw vroeger was de compilatie gemaakt van de Libri Feudorum. Daarin vinden wij van zoodanig instituut geen melding gemaakt, en het was eene dwaling van latere schrijvers [1]) dat zij op grond van eene verkeerd begrepen plaats uit die verzameling, ons Instituut daarin meenden aan te treffen. Maar men vergete niet dat het slechts fragmenten zijn die wij bezitten.

Erfstellingen door overeenkomst schijnen in Duitschland later in zwang te zijn gekomen dan in Frankrijk en Italië, blijkbaar omdat de Germaansche rechtsregel, die elke beschikking na doode verbood, daar een grooter struikelblok was voor hare invoering dan het Romeinsche recht, dat in de testamenten het recht van beschikking erkende.

---

[1]) LE PRESTRE, *Cent.* 2 c. 94, die deze erfstelling afleidde uit den titel de filiis natis ex matrimonio ad morganaticam contracto.

In het opsommen van de gronden waarop onze meening berust, kunnen wij kort zijn, want zij vloeit voort uit stellingen, die wij of hebben getracht te bewijzen, of waarvan de uitwerking in het volgende hoofdstuk, waarin wij de ontwikkeling van ons instituut nagaan, gegeven zal worden.

Wij wijzen slechts hierop:

1. Dat het instituut niet ontstond en niet kon ontstaan uit eene Germaansche gewoonte.

2. Dat het voortkwam uit de natuur van het Leenrecht, een recht geheel op overeenkomst gegrond.

3. Dat het ontstond in een tijd, waarop dit algemeen den scepter zwaaide.

4. Dat de voorbeelden, die wij aantreffen, alleen bij den adel voorkomen, waar ook juist de behoefte het grootst was.

5. Dat deze meening versterkt wordt door het gretig aangrijpen der lex 19 C. de pactis, waarmede de na-glossatoren alle erfstellingen door overeenkomst onder den adel zochten te wettigen.

6. Eindelijk op het eenstemmig getuigenis van Aufrerius, Boërius, en zoo menigen jurist der 16 eeuw; eene getuigenis die bevestigd wordt door Montesquieu in zijn Esprit des Lois [1]).

---

[1]) MONTESQUIEU, *Esprit des lois* Livre 31. ch. 34. Les fiefs étant devenus héréditaires, les seigneurs, qui devoient veiller à ce que le fief fût servi, exigèrent que les filles qui devoient succéder au fief, et, je crois, quelquefois les mâles, ne pussent se marier sans leur consentement: de sorte que les contrats de mariage devinrent pour les nobles une disposition féodale et une disposition civile. Dans un acte pareil, fait sous les yeux du seigneur, on fit des dispositions pour la succession future, dans la vue que le fief pût être servi par les heritiers: aussi les seuls nobles eurent-ils d'abord la liberté de disposer des successions futures par contrat de mariage, comme l'ont remarqué Boyer et Anfrerius.

VIJFDE HOOFDSTUK.

De verdere ontwikkeling van de erfstellingen door overeenkomst.

Het Romeinsche recht, zooals het door Justinianus was bijeengebracht en afgekondigd, had in meerdere of mindere mate stand gehouden, toen nieuwere volken Gallië en Iberië bevolkten.

Vooral als het persoonlijk recht der geestelijkheid had het zich weten staande te houden, ook nadat de persoonlijke rechten door de territoriale rechten vervangen waren.

In sommige volksrechten had het zijn invloed weten te doen gelden, en nimmer had Italië, had vooral Lombardije het recht, dat in zijn schoot was geboren, verloochend, maar het was slechts een schijnleven, dat alle levenskracht miste, en hoe kon het anders in die dagen, toen oogenblikken van rust en kalmte slechts het gevolg waren van afmattenden strijd of de vóorboden van nog onrustiger dagen?

Maar na verloop van eeuwen veranderde die toestand; de steden, werden de lichtende sterren in den donkeren nacht, en onder het oppergezag harer Consuls wisten de burgers,

den landadel te dwingen als burgers zich in hare steden te laten inschrijven. Tegelijkertijd namen handel en welvaart toe, en als eene oase in de woestijn was de toestand der steden van Noord-Italie te midden van het verwarde Europa.

De herstelling van het Romeinsche recht, de nieuwe beoefening die daaraan nu ten deel viel, was geen op zich zelf staand feit, geene gebeurtenis, aan het toeval verschuldigd, maar ontstond noodzakelijk uit den toestand der toenmalige maatschappij. Men voelde behoefte aan een burgerlijk recht dat een vasten regel aangaf, waarnaar men oordeelen kon, het Germaansche recht was daartoe te weinig ontwikkeld; in Italië zelf had zich geen vast gewoonterecht gevormd, want het Romeinsche recht, dat daar voortleefde, voldeed aan alle vereischten.

Zoo zien wij eene rechtsschool zich vormen te Bologna, en al spoedig daarnaast zusterscholen ontstaan, die uit haar meestal voortkwamen. Van Irnerius tot Accursius leerde daar eene schare van beroemde mannen, en de vrucht van hun onderzoek is neêrgelegd in wat men noemt de Glossa van Accursius.

Laat ons zien, wat men toen dacht over erfrecht door overeenkomst, en nagaan hoe dit leerstuk zich langzamerhand meer en meer ontwikkelde.

Al hadden wij geen ander bewijs dan dit, wij zouden uit de voortdurende behandeling, die meer en meer in omvang toeneemt, en er toe leidt, om zooveel maar mogelijk de erfstellingen door overeenkomst geldig te doen verklaren, moeten afleiden, dat zulke handelingen reeds in zwang waren en meer en meer in gebruik toenamen.

In de Accursische Glossa vinden wij den hoofdregel gehuldigd: de uiterste wil mag niet aan banden gelegd worden. Alleen door testament, niet door overeenkomst, kan een vreemdeling tot erfgenaam worden ingesteld. Maar met de

plaatsen, die dit beginsel uitspreken, meende men dat sommige anderen in tegenspraak waren.

Zoo was het vooral de Lex Si quis servum (l. 23 D. de act. empti), waar men eene erfstelling dacht te ontdekken door overeenkomst. Er is daar sprake van een slaaf, die met zijn peculium verkocht was, maar vóór de levering door zijnen eersten meester was vrijgelaten. Nu was de verkooper aan den kooper gehouden, niet alleen voor het peculium maar ook voor wat de slaaf later verkreeg en voor hetgeen hem zelf uit de erfenis van den vrijgelatene later toeviel.

Hoe nu dit te rijmen met het verbod van de Lex ult. C. de pactis? Om deze moeielijkheid op te lossen geeft de Glossa allerlei middelen aan de hand, b. v. dat de vrijgelatene heeft toegestemd; en daardoor de overeenkomst tusschen de twee meesters geldigheid verkregen heeft, of dat dit eene bepaling is, die vroeger gegolden had maar die door de nieuwere wet van Justinianus was opgeheven, of dat de kooper hier erfgenaam was, en daarom van geene overeenkomst over het beërven sprake kan zijn. Alle verklaringen, die òf in de wet geen steun òf bepaalde tegenspraak vinden. Daarom was het dan ook alleen de verklaring van Azo, die de algemeene goedkeuring wegdroeg, namelijk, dat hier niet eene overeenkomst over de beerving gesloten was, maar dat deze het gevolg was van eene voorafgaande overeenkomst, waaruit zij met noodzakelijkheid volgde. Wij zullen zien, dat men later deze verklaring weder vergat, en bij het zoeken naar bewijsplaatsen voor de geldigheid der erfstellingen door overeenkomst, hier eene plaats meende te hebben gevonden, waar in favorem libertatis, werkelijk eene dergelijke handeling werd goedgekeurd.

Bij de Lex 3 C. de Coll. deed zich de vraag voor naar de geldigheid van afstand van erfrecht bij overeenkomst.

Placentinus meende dat zulk een beding gold, als het bezworen was, maar de Glossa sprak dit tegen.

Met een beroep op de wet van Keizer Frederik, meenden sommigen dat de man met zijne vrouw eene overeenkomst mocht aangaan, waarbij aan de kinderen, die uit hun huwelijk mochten geboren worden, het erfrecht ontnomen werd.

Ook dit ontkende de Glossa.

Men wees er op, dat toch volgens de § ult. Inst. de leg. agn. succ. de vader die zijnen zoon emancipeerde, daarbij door middel der fiducia zich zijn erfrecht kon voorbehouden. Indien dus een voorbehoud van erfrecht geoorloofd was, waarom dan ook niet een afstand van erfrecht, zooals in ons geval? Maar het antwoord luidde: de vader was niet verplicht om te emancipeeren; wanneer hij zulks deed, moest het hem vrij staan, daaraan die voorwaarden te verbinden die hij goed dacht, en daarom kan daarbij van geene erfstelling door overeenkomst sprake zijn.

Over de Lex 19 C. de pactis heerschte wel onzekerheid, maar de heerschende meening nam toch aan, dat de handeling alleen als uiterste wilsbeschikking in stand werd gehouden. Sommigen meenden er eene donatio m. c. in te zien, maar aan het geoefende oog van anderen ontging het niet, dat niet eene erfstelling het gevolg zijn kan eener schenking ter zake des doods.

Bij de Lex. ult. Cod. de pactis deed zich de vraag voor of dit verbod van Justinianus ook gold voor kinderen of alleen voor verdere nabestaanden.

De Glossa antwoordde in den eersten zin. Zij verklaarde dat de overeenkomst hier geacht moet worden door stipulatie geschied te zijn. Zij wees er op, dat iemand mag toestemmen, in wat hij zelf niet mogt doen, en herinnert aan den vruchtgebruiker, die niet mag vrijlaten, maar wel zijne toe-

stemming geven tot de vrijlating. Ter loops zegt zij dat het dan eene schenking zijn zal òf onder de levenden, òf ter zake des doods. Dit kan het zijn, zegt zij, want hier is niet sprake van erfstelling, maar alleen daarvan, hoe goederen, die aan zekere personen zullen toevallen, zullen verdeeld worden.

Eindelijk in de Lex 33 C. de transact. is sprake van eene dading aangegaan tusschen eenen voormaligen voogd en zijne pupillen, waarin de laatsten beloofden geene vordering tegen hem te zullen instellen, ter zake zijner bewindvoering, en hij beloofde hen tot erfgenamen te zullen instellen.

Daarbij teekent nu de Glossa aan, dat indien de voogd andere erfgenamen ingesteld heeft, de hem gedane kwijtschelding alleen kan vernietigd worden wegens dolus, niet omdat de hoop op de erfenis vervallen was. Ook hebben de pupillen geen recht om de erfenis te eischen, daar de belofte tegen de goede zeden aandruischte. Men onderscheide drie gevallen, zegt de Glossa, òf, die kwijtschold heeft over de erfenis niet gesproken, dan geldt het beding, òf hij heeft beloofd, gelijk hier het geval was, òf hij heeft er van gesproken, maar als voorwaarde bij de kwijtschelding, dan is deze nietig, even als eene stipulatie over eene onmogelijke voorwaarde, want eene handeling strijdig met het recht wordt onmogelijk genoemd.

Azo geeft een middel om het verbod van erfstelling door overeenkomst te ontduiken.

Hij leert, voornamelijk op grond der Lex ult. C. de pactis, dat overeenkomsten omtrent de erfenis van een onbepaald persoon geldig zijn, van een bepaald mensch alleen dan als deze heeft toegestemd, of als de cautio hereditatis het gevolg is van eene vooraf aangegane overeenkomst. Hij wil niets weten van het onderscheid, dat sommigen maakten tusschen een pactum de hereditate futura, en een pactum

de futura hereditate, welke eerste dan geldig, en het andere ongeldig zou zijn: men zou even goed verschil kunnen maken tusschen magister Petrus en dan den boekenkenner bedoelen en Petrus magister en dan den wagenmaker bedoelen. Van die spitsvondigheden wil hij niets weten, maar wel geeft hij een middel aan de hand om het verbod, zooveel doenlijk was, te ontduiken [1]).

De vraag deed zich voor, of het niet mogelijk was een onherroepelijk testament te maken, en, met ontduiking van het verbod, zoo herhaaldelijk in het Corpus juris uitgesproken, den uitersten wil aan banden te leggen. Deze vraag trachtte DYNUS optelossen, en hij gaf het volgende middel aan. Ik stel N tot universeel erfgenaam in, en indien ik herroep schenk ik hem alle mijne goederen. Maar een zijner leerlingen reeds wees op het ongerijmde van dit middel, daar door het „zoo ik herroep schenk ik", toch middelijk de vrijheid van uiterste wilsbeschikking weggenomen werd.

---

[1]) AZO II 3. De pactis. *Summa super Codicem.* Spirae 1482.

Super hereditate autem incerti hominis pactum tenet, sed in hereditate certi tenet si vel dominus consentiat et in eo consensu perseveret usque dum vivit vel contractus praecesserit ex cujus necessitate fiat cautio hereditatis. Nec distinguo inter pactum de hereditate futura ut illud valeat, et pactum de futura hereditate ut illud non valeat et similem transpositionem varietatem dicunt inducere. Ut si dicitur magister petrus in libratoria intelligatur scientia. Si vero dicitur petrus magister intelligatur de carpentario. Pactum vero de non petendo fideicommisso conditionali tenet licet repudiatio non teneat. Item haec omnia quando specificatur viventis personae. Si quis tamen quodam circuitu velit circumvenire legem forte quia non potest habere consensum viventis de cujus bonis agitur potest quadam subtilitate effugere prohibitorium scilicet ut caveat daturum se quod ad eum perveniret de bonis quae fuerunt praedecessoris viventis nominando mortuum cujus fuerunt et subjiciendo persona viventis cujus est,

De uitspraak van Justinianus in de Lex ult C. was het uitgangspunt van alle onderzoekingen omtrent erfstellingen door overeenkomst.

Men zocht andere plaatsen aantevoeren, daarmede in strijd, om dan tot de geldigheid te besluiten. Zoo deed ook Cinus. Deze, de leerling van Jacobus de Ravannis en Petrus de Pellapertica, de vriend van Dante en door Petrarca bezongen [1]) schreef, om de moeielijkheden die aan zijne promotie in den weg stonden te boven te komen, een lijvig werk over den Codex, de vrucht van een tweejarig verblijf in Napels. Hij ontzenuwt daarin achtereenvolgens alle argumenten, die men tegen de geldigheid der Justiniaansche constitutie opperde, en vergelijkt haar met andere plaatsen.

Eerst met de Lex pactum dot. (Lex 3 Cod. de collationibus) Op de eene plaats wordt, als de derde maar toestemt, eene overeenkomst over diens erfenis geldig verklaard, volgens de andere is elke zoodanige overeenkomst ongeldig. Hij merkt op, dat ook volgens de eerste de overeenkomst voor-

---

[1]) *Sonnetto* IX.

Piangete, donne, et con voi pianga Amore;
Piangete, amanti, per ciascun paese;
Poi che morto è colui che tutto intese,
In farvi, mentre visse al mondo, onore.
Io per me prego il mio acerbo dolore
Non sian da lui le lagrime contese,
E mi sia di sospir tanto cortese
Quanto bisogna a disfogare il core.
Piangan le rime ancor, piangano i versi,
Perchè'l nostro amoroso messer Cino
Novellamente s'è da noi partito.
Pianga Pistoia e i cittadin perversi,
Che perdut'hanno sì dolce vicino;
E rallegres'il Cielo ov'ello è gito.

eerst ongeldig is, als de toestemming ontbreekt. Bovendien zijn de beide plaatsen niet in strijd, maar de gevallen verschillen. In het eene wordt over de erfenis van een der handelenden overeengekomen, in het andere over die van een derde. Wat is nu de reden van dit verschil? De Glossa zegt wat men alleen niet doen kan, kan men soms doen als een ander daartoe toestemming geeft, en daarop gaat men dan in het dwaze voortredeneren (brocardicare).

Maar dit is geen antwoord.

Van waar toch het verschil in de gevolgen. Sommigen zeggen dat de overeenkomst krachtiger is wanneer zij rust op de overeenstemming van meerderen, maar ook dat gaat niet op; immers als een vader overeenkomsten over zijne erfenis aangaat met zijne kinderen, gelden die toch niet.

Anderen, zooals Petrus geven een spitsvondiger reden, namelijk, dat door de overeenkomst tusschen twee personen de derde niet gebonden is, en daarom zijne vrijheid van uiterste wilsbeschikking niet verloren heeft, maar dat daar de overeenkomst hem die haar sluiten wil verbindt, aan deze zijne vrijheid van uiterste wilsbeschikking ontnomen is en de overeenkomst dus niet geldig kan zijn.

Maar ook deze redenering gaat niet op, want eene overeenkomst omtrent de erfenis van een derde geldt niet, tenzij deze toestemt, en toch is de vrijheid van uiterste wilsbeschikking hier niet aan banden gelegd. Daarom zegt dan ook Petrus, dat, als twee personen eene overeenkomst aangaan omtrent hunne erfenis, deze ongeldig is, omdat eene overeenkomst, die afhangt van den wil van een der partijen, niet geldt. Maar waar twee overeenkomen omtrent de erfenis van een derde, daar is het anders.

In de tweede plaats voert men aan, dat het slot onzer wet in tegenspraak is met de Lex 28 D. de contr. emt. Hij wederlegt dit door te zeggen dat het geheel iets anders

is eene overeenkomst aantegaan over de nalatenschap van een derde, dan slechts hoop op die erfenis te verkrijgen.

Een derde bezwaar ontleende men aan de Lex 3 § 2 D. pro socio, maar ook dit gaat niet op, zegt Cinus, daar er hier sprake is van het beërven van een zeker persoon.

Een vierde bezwaar leidt men af uit de Lex si quis servum. Maar de oplossing is gemakkelijk; reeds Azo gaf ze aan. Daar is het erven slechts het gevolg van eene vooraf aangegane overeenkomst.

Anderen geven eene nieuwe oplossing. Hier is sprake van het beërven van een vrij man, daar van een vrijgelatene.

Een vijfde bezwaar, dat men uit de Lex 9 § 6 D. de hereditate vel act. vend. zou willen putten, wederlegt hij door te zeggen, dat de beërving van een levende niet principaliter maar wel accessorië het onderwerp zijn mag eener overeenkomst.

Het resultaat is dus dit:

Of men sluit eene overeenkomst omtrent zijn eigene erfenis dan geldt deze niet, behalve onder soldaten, bij wie zij geldig is als uiterste wilsbeschikking.

Of zij geldt de erfenis van een derde, certa of incerta persona; in het laatste geval geldt de overeenkomst en in het eerste als zij noodzakelijk volgt uit een ander contract. Anderen voegen daar nog bij: alleen als het eenen vrij gemaakten slaaf geldt, niet een vrij man.

Nu valt over de wet zelve nog het een en ander te zeggen.

Wordt iemand, die aldus over eene erfenis eene overeenkomst aangaat, gestraft? ja, als onwaardige wordt hem de erfenis ontnomen.

Vervolgens, wij spraken van bloedverwanten, maar worden daar ook onder verstaan kinderen die eene overeenkomst sluiten omtrent de vaderlijke nalatenschap? Antwoord met

de Glossa, dat het verbod ook voor hen geldt, want dezelfde reden geldt in beide gevallen.

Maar kan men nu iemand de zekerheid geven, dat hij de erfenis van iemand, na zijnen dood, verkrijgen zal? De Glossa zegt: dit kan geschieden door eene stipulatie, b. v.: ik beloof u mijne goederen, na mijnen dood. Dan is dit eene donatio m. c. of inter vivos. Zoo men het geval bedoelt, dat alle goederen beloofd zijn, dan meenen Jacobus de Ravannis en Petrus, dat de stipulatie niet geldt, omdat daardoor opgeheven wordt de vrijheid van uiterste wilsbeschikking, maar men kan haar opvatten als alleen van tegenwoordige goederen, en dan geldt zij.

Dezelfde Petrus, die deze oplossing gaf, verklaarde ook nog een ander geval, dat zich in de praktijk had voorgedaan.

Zekere abdij gaf aan iemand een huis, onder voorwaarde dat zij bij zijnen dood, de helft van zijne goederen zou ontvangen. Hij had toen 100 ℔, bij zijnen dood 300. — Nu eischte de abdij 150, maar zij verkreeg slecht 50, volgens de uitspraak van Petrus.

Eenigzins verschillend was zijne meening omtrent een ander geval.

Een soldaat, die maar een zoon heeft, schenkt aan een kleinzoon $^1/_5$ deel zijner erfenis. Op dat oogenblik heeft hij 100 ℔. Bij zijnen dood 1000. Nu krijgt de kleinzoon 200 want niet de verba generalia: do tibi quintam partem omnium bonorum, maar de verba universalia: do quintam partem hereditatis zijn hier gebruikt geworden.

Onder de leerlingen, die de lessen van Cinus in Perugia bijwoonden, behoorde ook Bartolus de Saxoferrato [1]). Deze

---

[1]) Geb. 1314 en gestorven 1355. Zijn *tractatus quaestionis ventilatae coram Domino nostro Jesu Christo inter virginem Mariam ex una*

was het, wiens naam onder de naglossatoren het meeste beroemd werd. *Juris Lucerna* werd hij genaamd en *veritatis Speculum*.

Gewigtig was de invloed, dien hij op zijne leerlingen uitoefende; hij werd de stichter eener rechtsschool, die aan hem haren naam ontleende.

Van hem dagteekent de eerste stelselmatige indeeling der erfstellingen door overeenkomst; van dit leerstuk kan hij als het ware de grondlegger genoemd worden, en daarom zal het goed zijn een oogenblik bij zijne beschouwingen stil te staan.

Om het bezwaar uit den weg te ruimen, dat men bij de Lex ult. C. de pactis opperde, namelijk dat hier iemand mag toestemmen in iets wat hij zelf niet doen mag, maakt Bartolus onderscheid tusschen hem, die een volkomen recht heeft, en hem die een minder volkomen heeft. In het eerste geval kan hij door zijne toestemming de daad van den ander niet wettigen, in het laatste geval kan hij, al kan hij ook zelf niet handelen wel toestemmen, want hij vult het recht van den ander aan.

Hij verdeelt daarop de erfstelling door overeenkomst in vier soorten, en behandelt achtereenvolgens de pacta successionis conservandae, perdendae, acquirendae, eindelijk de hereditate obvenienda, certo modo disponenda.

Vooreerst dan, hoe staat het met een pactum succ. concerv. (Hij is de eerste die hiervan spreekt.)

Dit is bestaanbaar in twee gevallen, vooreerst als iemand wegens een misdaad zijn erfrecht verloren heeft kan hij het

---

parte et diabolum ex alia parte, wedervoer de eer van op den Index geplaatst te worden. Bekend is zijn uitspraak: de verbibus non curat Jurisconsultus.

op deze wijze terugbekomen, want vroegere ondankbaarheid kan vergeven worden; over het behoud van erfrecht na toekomstige ondankbaarheid mag men niet overeenkomen. 2°. om de strengheid van het recht te verzachten. Men kan deze door testament wijzigen, maar men kan het ook door overeenkomst. Kan het echter niet door testament, dan ook niet door overeenkomst.

Behandelen wij hierbij nu eens een practisch geval.

Volgens de Statuten mag hier de dochter als er zoons zijn niet ab intestato opvolgen, maar alleen nemen wat zij volgens uiterste wilsbeschikking verkrijgt. Als haar nu in de huwelijksche voorwaarden het recht van opvolging gereserveerd wordt geldt dan zoodanig beding? Ja, om de Lex ult. Inst. de leg. agn. succ. maar wanneer, zooals in sommige statuten bepaald is, de vrouw die buiten de stad huwt ook door testament niets erlangen kan, dan geldt zulk een beding niet.

Een ander voorbeeld: in de stad Assise is een statuut, dat de vrouw die eene kloostergelofte aflegt, niet mag opvolgen. Als zij nu in eene overeenkomst zich het recht van opvolging voorbehoudt, geldt dit dan? Men antwoordde toestemmend, omdat het statuut ongeldig was, als strijdig met de voorrechten, die aan de geestelijkheid waren toegekend. Dit was echter alleen het geval als in het statuut bepaald was: Si quis monasterium ingressus fuerit. En dit stond niet in het statuut, maar: si quis ingrediens monasterium, dus werd er niet van geestelijken maar van leeken gehandeld, en kon men de voorrechten der geestelijken niet inroepen tegen de geldigheid van het statuut.

Hoe staat het in de tweede plaats met wat Bartolus noemt een pactum de perdendo jure succedendi? Dan zal er of een misdaad zijn, en dan geldt de overeenkomst, volgens de Lex 1 § 3 D si a parente quis, of er is geen misdaad, dan geldt de overeenkomst alleen dan, als men zooveel heeft

ontvangen, als ter zake van het recht van opvolging toekwam, altijd weer volgens dezelfde wet; maar heeft men dat niet ontvangen dan geldt de overeenkomst niet jure civili maar wel jure canonico, als zij met eede gesterkt wordt; en zoo is het dan ook de gewoonte, zegt Bartolus dat de dochters eene overeenkomst aangaan, waarin zij beloven niet te zullen opvolgen, en dit bezweren. Hier kan de eed zulk een pactum geldig maken omdat een pactum de non succ. niet is tegen de goede zeden.

Ten derde, geldt een pactum de succedendo? Dit schijnt ongeldig als met de goede zeden in strijd. Maar de Glossa denkt er anders over. Zij wil het erkend zien, als het door stipulatie gesloten wordt en handelt over alle de goederen. Zij noemt het dan eene donatio m. c. of inter vivos. Het laatste zal het geval zijn als er niet uitdrukkelijk melding gemaakt is van den dood.

Indien het pactum gezegd wordt onder levenden gemaakt, of onherroepelijk te zijn, geldt het dan?

Het schijnt van ja: 1°. om de plaats die de Glossa aanvoert, 2°. om de lex hereditarium de bonis auct. jud. 3°. omdat de herroepelijkheid bestaan blijft. Want dit pactum ontneemt niet de vrije testamentaire beschikking. Ik kan immers ieder instellen wien ik wil, maar deze zal dan gehouden zijn uit te keeren aan hem, die gestipuleerd heeft.

Eveneens is hier geen votum captandae mortis omdat het geschiedt, krachtens den wil van hem, dien men hoopt optevolgen.

Maar, zegt Bartolus, men moet onderscheiden. Is het eene schenking ter zake des doods, dan geldt het pactum want het kan worden herroepen; eveneens ontneemt het niet de vrije testamentaire beschikking, omdat de erfgenaam de Falcidia krijgen moet.

Was het eene schenking onder levenden of gaf men alle mijne goederen, ook dan geldt het. Het recht van vrije

testamentaire beschikking is niet ontnomen, want men kan later nog verkrijgen, en daarover, of over de vruchten, want de gift betreft alleen tegenwoordige goederen.

Maar over toekomende goederen geldt het niet, want vooreerst wordt daardoor ontnomen de libertas testandi, en vervolgens is het tegen de goede zeden.

Met de kerk mag het wel gesloten worden, want men mag immers aan haar zichzelven wijden, hoeveel meer dan zijne goederen.

Zoo iemand zegt: ik geef mijne erfenis, is dat hetzelfde als: ik geef alle mijne goederen, tegenwoordige en toekomende. Maar als nu iemand zijne tegenwoordige en toekomende goederen verkoopt? Dit mag, want hij verkrijgt dan iets in de plaats, waarover hij testeeren kan, en zoo hij voor meer dan de helft bedrogen is, mag hij restitutie eischen.

Maar hoe staat het met een pactum de hereditate obvenienda, certo modo disponenda? Dit is het eigenlijke onderwerp van onze wet. Als het met het oog op een onbepaald persoon geschiedt geldt het, maar ten aanzien van een bepaald persoon geldt het alleen, als het met noodzakelijkheid volgt uit eene voorafgaande overeenkomst. Ook als het voortspruit uit zekere consequentie van eene voorafgaande overeenkomst (venit in quandam consequentiam contractus prioris.)

Geschiedt het daarentegen principaliter, dan kan het geldig zijn favore liberationis, of het bevat eene andere beschikking omtrent de erfenis en dan geldt ons geval. Als hij, over wiens goederen gehandeld wordt er niet van weet, is de overeenkomst ongeldig; weet hij er van, en blijft zijne toestemming voortduren, dan geldt het.

Ten slotte vraagt hij: heeft de erfgenaam ab intestato een soort van recht op de nalatenschap? Het antwoord luidt ontkennend, want of hij dit erlangen zal, hangt af, niet van

eene gebeurtenis maar van de willekeur van een persoon, of deze al of niet testeert.

Met den grooten burger van Saxoferrato wedijvert zijn leerling en later zijn ambtgenoot Baldus de Ubaldis. [1]) Hij volgde grootendeels zijn leermeester, en het is slechts in enkele punten dat hij van hem verschilt. Hij bestrijdt de geldigheid van een statuut, waarbij, zooals in dat van Assise, eene dochter die buiten de stad huwt, haar erfrecht verliest. Als reden geeft hij op, dat daardoor de vrijheid van uiterste wilsbeschikking wordt aan banden gelegd. Had hij gedacht aan de leer der onwaardigheid, ook in het Romeinsche recht, zoo ware het hem duidelijk geworden dat het «uti legasset ita jus esto», zeer goed deze uitzondering toelaat. Maar vasthoudende aan dit eens uitgesproken beginsel, staat hij daar voor ons plus Romaniste que le droit Romain, en als wij ons herinneren, dat de Italiaansche steden (Milaan is er een voorbeeld van), als souvereinen, keizers en koningen voor zich lieten bukken, kan het niet in ons opkomen te twijfelen of zij het recht hadden om gevallen van onwaardigheid vast te stellen. Als onwaardige is de dochter uitgesloten, en dit heeft niets te maken met de vrijheid van uiterste wilsbeschikking, die de vader daardoor niet verloren heeft.

Maar, zegt hij, gesteld, dat het statuut geldig was, dan, en

---

[1]) Geb. 1324 en stierf 1400 aan de gevolgen van een beet van een dollen hond waarmede hij speelde. Hij liet zich in eene franciskaner pij begraven in de stellige verwachting dat dit niet weinig zou bijdragen tot zijne gelukzaligheid. Klein van gestalte, had hij daarover dikwijls den spot te verdragen zijner tijdgenooten. Zoo verhaalt men dat toen hij voor het eerst het auditorium te Pisa binnen trad, een der aanwezigen uitriep „minuit praesentia famam," waarop Baldus terstond antwoordde „augebit caetera virtus."

nu blijft hij zich gelijk, geldt de overeenkomst alleen in het geval dat degenen in wier voordeel de afstand gedaan was, er genoegen mede nemen.

Over het geval van het afleggen der kloostergelofte gelooft Baldus dat men, het statuut geldig verklarende, ook de overeenkomst, waarbij over het behoud van erfrecht gehandeld werd moet geldig verklaren, voor zooverre de legitime betreft.

Is het dan niet prijselijk zich Gode te wijden? Geene bestraffing zij het deel dier vrome ziel, die zich verdienstelijk maakt jegens haren God en Meester, roept de geloovige Baldus uit, die van ganscher harte, in den strijd der Ghibellijnen en Guelfen, de zaak der Kerk was toegedaan.

Maar bij de renunciative erfverdragen der dochter volgt Baldus in zooverre Bartolus niet, als hij meent dat daardoor de dochter haar erfrecht ex testamento niet verliest, want dan zou de vader zijn recht van uiterste wilsbeschikking verliezen.

Maar nu komt Baldus met een nieuw geval voor den dag. De dochter heeft afstand gedaan, en is gestorven. Heeft nu haar zoon erfrecht? Het schijnt van ja, want die afstand is iets personeels geweest, en gaat dus met haar dood te niet. Dus nepos venit ex prima persona. Het edictum successorium schijnt toepasselijk, maar men moet onderscheiden.

Vooreerst, als de moeder sterft bij het leven van haren vader dan werkt de afstand niet voor den zoon. Hij komt uit eigen hoofde, niet bij plaatsvervulling.

In het andere geval werkt de overeenkomst. De zoon blijft uitgesloten, en de erfgenaam heeft tegen hem de exc. pacti.

Het maakt groot verschil, of er een pactum de renunciando hereditatem delatam òf deferendam gesloten is. In het eerste geval is het eene stilzwijgende schenking van de moeder aan

den erfgenaam. Het is beter, niet door eene eenvoudige renunciatie maar door een pactum de non petendo afstand van erfrecht te doen.

Maar men heeft nog een bezwaar geopperd. De eed is iets personeels, dus ook zijn gevolg. Derhalve beteekent zulk een afstand nooit iets voor den zoon; dit gaat niet op, zegt Baldus «quia illud est verum quo ad animae vinculum, sed quo ad robur contractus juramentum habet realem effectum».

Eene gift van tegenwoordige goederen houdt hij voor geoorloofd; van tegenwoordige en toekomende, als zij geschiedt ter zake des doods.

De helft der erfenis mag worden gegeven, want dan is er nog iets over om te testeeren.

Bij de 4e soort gelooft hij dat de consensus ook kan gegeven worden na het contract.

Hij gelooft ook, dat een minor, die ingesteld is bij testament, en nu met de toestemming van den testator over die erfenis eene overeenkomst aangaat, en later erfgenaam wordt, gebonden is. De toestemming van den testator legt hier, meent hij, gewigt in de schaal.

Baldus bracht ons aan den aanvang der 15 eeuw.

Als wij thans nog Natta genoemd hebben, die reeds aan de overeenkomsten, waarin over afstand van erfrecht gehandeld werd, een afzonderlijk werk wijdde [1], zullen wij tot de geschiedenis van de verdere ontwikkeling van het leerstuk in Duitschland en Frankrijk kunnen overgaan.

Ook Natta neemt de verdeeling in 4 hoofdsoorten aan.

Na eene lange uitweiding over de pacta succ. renunciandae

---

[1]) *Tractatus duo de pactis circa successionem*. Colon. Agripp. 1593. Hij was te Asti geboren en Consiliarius van den markgraaf van Montferrat.

behandelt hij de pacta succ. acq. Natta leert dat deze erfstellingen in den regel ongeldig zijn, en alleen bij uitzondering worden toegelaten. Hij gelooft zelfs niet dat zij geoorloofd zijn, wanneer de statuten zulke erfstellingen toelaten. Die meening, eenmaal door Baldus gepredikt maar spoedig weder opgegeven, gaat niet op. Zij steunt op bewijsplaatsen, waarin van afstand van erfrecht sprake is, en die dus hier geen gewicht in de schaal leggen. Evenmin neemt hij aan, wat Baldus ook geleerd had, dat, ten voordeele der kerk, zulke erfstellingen geoorloofd waren. Waarom zou men de kerk meer bevoordeelen dan zijne eigene kinderen? dit is geen vroom, maar een goddeloos werk, zegt hij, en de geheele redenering van Baldus eene drogrede.

Erfstellingen door overeenkomst waren in het Romeinsche recht geoorloofd tusschen soldaten; dus moesten zij ook geldig zijn, meende men, tusschen de krijgsknechten des Heeren. Daarbij trok de kerk dan altijd nog dit voordeel, dat de erfstelling om geldig te zijn, wederkeerig moest zijn, en de kerk is onsterfelijk. Terwijl het tusschen gewone krijgslieden dus altijd eene kans bleef, kon daarvan hier geen sprake zijn. Deze spitsvondige redenering vindt in de oogen van Natta geen genade.

Evenmin oordeelt hij zulke erfstellingen geldig, als zij bezworen zijn, maar hij verdiept zich niet, gelijk later Zasius, in het onderzoek naar de vraag of zij, die het gezworen beding niet in stand houden, daardoor meineedig werden.

In drie gevallen slechts neemt Natta de geldigheid dier erfstellingen aan: onder soldaten in oorlogstijd, zoo zij wederzijds geschied; wanneer een vader zulk eene overeenkomst aangaat met zijne kinderen, (hij steunt daarbij op de Lex ult. C. fam. her.); eindelijk wanneer de vrije testamentaire beschikking er niet door wordt opgeheven, maar integendeel

voorbehouden. [1]) Ten aanzien van de derde en vierde soort eindelijk wijkt hij niet af van de vroegere leer.

De eerste, onder de Duitsche Romanisten, die het onderwerp der erfstellingen door overeenkomst meer nauwkeurig behandelde, was Udalricus Zasius, een man van buitengewone bekwaamheid, die, na zijne jongelingsjaren in ongebondenheid te hebben doorgebracht, op zijn 30ste jaar aanving de rechtsgeleerdheid te beoefenen.

Erasmus, die groote vriendschap voor hem koesterde, betreurde het, dat 's mans hardhoorigheid en zijne eigene zwakke stem hunnen omgang bemoeielijkten. Zijn van natuur vrolijk humeur werd niet geschokt door de hevige jichtpijnen, die zijne verslaafdheid aan fijne spijzen en geestrijke dranken hem op den hals haalde.

Wij stippen uit zijn uitgebreid vertoog slechts een en ander aan, wat wij bij hem voor het eerst vinden geleerd. In de Lex ult. Inst. de leg. agn. succ, zegt Zasius, hebben wij een grond, om de overeenkomsten omtrent erfstellingen, die zoo menigvuldig in huw. voorw. voorkomen, voor wettig te houden. Zoo mag b.v. een man het recht van retour bedingen van de goederen, die hij heeft aangebracht. Hij spoort zijne leerlingen aan, dit in hun geheugen te prenten, want, zegt hij, ik ben de eerste die het leert. De andere advokaten hebben niets anders dan den algemeenen regel op de lippen: in de huw. voorwaarden geene erfstellingen. Maar ik wees u het eerst op den grond waarop men die uitzondering kon wettigen, en aanleiding daartoe gaf mij mijn leermeester Johannes Knapp, die in zeker Consilium verklaarde, dat zulke

---

[1]) Ubi per tale pactum de succedendo directo non tollitur facultas testandi, sed reservatur alia forma disponendi de bonis. NATTA, II. p. 62.

overeenkomsten geldig waren, als de goederen moesten terugvallen.

De ingenomenheid met zichzelven doet Zasius echter voorbijzien, dat hij, door wat hij volgen laat, zijne eigene leer omverwerpt. Daar bekruipt hem de angst, voor een ketter te worden uitgemaakt en in eenen adem laat hij volgen: maar de vrijheid van uiterste wilsbeschikking mag niet worden beperkt, en zulke overeenkomsten beletten niet een testament te maken.

Daarop gaat hij over tot het meestgewichtige punt: de overeenkomsten omtrent het verkrijgen van erfrecht.

Hier begint hij met vast te stellen, dat zelfs eene bezworen overeenkomst ongeldig is, want zij is in strijd met de goede zeden. Maar waarom is alleen hier, en niet bij afstand van erfrecht, de overeenkomst ongeldig? Hij antwoordt met de woorden van Baldus: men kan tegen de goede zeden handelen op drie wijzen: hetzij door te handelen tegen het natuurrecht, hetzij door eene daad te plegen die op zich zelve schandelijk is; hetzij door te handelen tegen de goede zeden van het burgerlijk recht.

Van deze laatste soort van onzedelijkheid nu is sprake bij afstand van erfrecht. Zoo het beding bezworen wordt, is de smet weggenomen, want een' eed legt meer gewicht in de schaal dan eene afkeuring in de wet. Dit is bij eene overeenkomst om erfrecht te verkrijgen niet het geval, en daarom blijft de regel, die deze verbiedt, van kracht en laat hij slechts twee uitzonderingen toe.

Vooreerst zoo er alleen middelijk over het erfrecht gehandeld wordt, bv. als gevolg eener overeenkomst over iets anders; zoo kan men door uitsluiting der dochters aan de zonen het erfrecht geven.

Ten tweede als de vader zijne erfenis tusschen zijne kinderen verdeelt; hij beroept zich hierbij op Romeinsche voorbeelden.

Hij eindigt dus: Broeders! het is hard, dat in Duitschland zulke overeenkomsten om erfrecht te verkrijgen, in huwelijksvoorwaarden, ongeldig zijn, terwijl tot nu toe het tegenovergestelde werd aangenomen. Herhaaldelijk toch worden zulke bedingen gemaakt, en toch gelden zij niet.

Hij behandelt ook de vraag of, een testament gemaakt onder eede van niet te zullen herroepen, geldig is. Hij verklaart het ongeldig maar vraagt dan verder: is hij die herroept meineedig? De Legisten antwoorden: neen, de Canonisten: ja; maar tegelijk beroepen zij zich op Ambrosius, die het voorbeeld van David aanhaalde. Deze had gezworen Nabal te zullen vermoorden, maar liet zich door de schoonheid van Abigail overhalen, geen bloed te vergieten. Nu was David wel meineedig geworden, meent Ambrosius, maar meineed was vergeeflijker dan het plegen der misdaad. Daarop worden plaatsen aangevoerd uit de Heilige Schrift om aan te toonen dat David niet was «infamis.»

Soms zullen ook natuurlijke middelen te hulp komen, waardoor het herroepen gemakkelijk gemaakt wordt, en men toch niet meineedig is, bij voorbeeld, als de ingestelde sterft, of wanneer groote vijandschap ontstaat tusschen den erflater en den ingestelde.

Volgens Zasius is eene gift van alle tegenwoordige en toekomende goederen ongeldig, zelfs met eede gesterkt. Daardoor wordt toch middelijk de vrijheid van uiterste wilsbeschikking opgeheven; eene gift van alle tegenwoordige goederen daarentegen is geldig, ook zonder eed.

Wij vatten thans kortelijk de slotsom zamen, waartoe wij gekomen zijn. De leer, die wij vrij algemeen hebben zien huldigen, komt hierop neder:

a. Onherroepelijke erfstelling, door overeenkomst gevestigd,

geldt alleen, wanneer het erfrecht verbeurd is wegens misdaad of grove ondankbaarheid.

b. Afstand van erfrecht door overeenkomst is geldig, als deze bezworen is, op grond der decretale van Paus Bonifacius.

c. Overeenkomst omtrent het verkrijgen van erfrecht geldt alleen onder krijgsknechten, op grond der lex 19 C. de pactis.

d. Overeenkomst over de beërving van een derden nog levenden persoon, geldt alleen, als die derde zijne toestemming gegeven heeft. Maar die toestemming is herroepelijk.

Na Zasius ontwikkelde zich de leer der erfstellingen door overeenkomst meer en meer, al was het dan ook schoorvoetend en langzaam.

In het dagelijksche leven kwamen de verschillende soorten van erfstellingen door overeenkomst meer en meer voor, zooals de Einkindschaft of unio prolium; de Erbverbrüderungen, de erfstellingen in huwelijksvoorwaarden, ook de afstanden van erfrecht „bis auf en ledigen anfall”, en de Theorie zocht niet het geheele instituut, maar elke soort afzonderlijk, op grond van plaatsen uit het Corpus Juris, te wettigen. Later kwam men er toe, om erfrecht door overeenkomst, op grond van een oud gewoonterecht, algemeen voor geldig te verklaren.

Het was in den tijd toen de natuurrechtelijke school den scepter zwaaide, en deze op grond van de oude Duitsche trouw: een man, een woord, het geheele instituut uit oud-Germaansche gewoonten afleidde, en het was het werk vooral der Germanisten der vorige eeuw. Maar toen men dieper inzicht verkreeg in de natuur van het Germaansche recht, toen Charters en Diplomata een tot dien tijd toe ongekend licht verspreidden over die vroegere toestanden, begon men in te zien, dat men in dwaling verkeerde; dat dergelijke overeenkomsten zonder eenigen vorm aangegaan, oudtijds geenszins

verbindend waren geweest, en geene verbindtenis hadden doen geboren worden.

Aldus stond het met de erfstelling door overeenkomst, die intusschen, in het dagelijksche leven eene groote beteekenis verkregen had, en onophoudelijk in gebruik bleef, toen Hasse hare geldigheid afleidde uit een in de laatste eeuw ontegenzeggelijk algemeen „Rechts- und Gerichtsgebrauch", en haar verklaarde als eene overeenkomst, waaruit, niet eene verbindtenis maar erfrecht ontstond. Hem volgde Beseler, die, in zijne uitstekende monographie, een geschiedkundig onderzoek instelde naar het ontstaan der erfstellingen door overeenkomst, en hare geldigheid vestigde op eene algemeene Doctorum opinio.

Beseler's meening bleef de heerschende, totdat in 1861 Gustav Hartmann zijne door de Georgia Augusta bekroonde prijsverhandeling in het licht gaf. Hij verwierp alle vroegere verklaringen die men van de natuur van ons Instituut had gegeven, en, daartoe gebracht door de studie der wederkeerige testamenten, leerde hij, dat men de erfstellingen door overeenkomst in twee deelen moest splitsen: eene gewone uiterste wilsbeschikking en eene obligatoire overeenkomst van niet te zullen herroepen. Zijne meening is door Unger omhelsd; die van Beseler door von Gerber.

Aldus is de toestand heden ten dage in Duitschland; wij behandelden de geschiedenis der ontwikkeling van het instituut slechts zeer beknopt, omdat wij kunnen verwijzen naar Beseler, die haar uitvoerig heeft beschreven.

Wij willen thans meer nauwkeurig nagaan wat voor ons onderwerp meer van belang is, een der onderdeelen van het instituut, namelijk de erfstellingen in huwelijksvoorwaarden.

Die bedingen echter, die het goederenrecht der echtgenooten betreffen, waaruit dan middelijk ook regeling van het erfrecht

voortkwam, laten wij hier geheel buiten sprake. Wij bepalen ons alleen bij het geval van directe erfstelling in huwelijksche voorwaarden, en de vraag, die alles beheerscht, is die naar hare geldigheid.

Johannes Sichard, een leerling van Zasius, gevoelde reeds de behoefte om het verbod van erfstellingen in huwelijksvoorwaarden te temperen, en koos daarom een middenweg, dien hij meende, dat de Romeinsche leer met de eischen des tijds zou vereenigen. Hij leerde, dat erfstellingen in huwelijksvoorwaarden kracht van uitersten wil hebben en dus herroepelijk zijn. [1]) Maar deze meening vondt haren bestrijder in een ouden vriend van Sichard (olim nobis conjunctissimus amicus) Johan Fichard, die, vooral op grond der Lex ult. C. de pactis ook de geldigheid van zoodanige erfstellingen, als uiterste wilsverklaringen, bestreed. Maar tegelijk vinden wij bij hem een nieuw bewijs voor het toenemen van het gebruik, daar hij bekent dat deze erfstellingen algemeen in zwang waren, en door de meesten zijner tijdgenooten geldig werden verklaard [2]), zoo zij maar met eenige Romeinsche regtsplaats in overeen-

---

[1]) In comment. ad L. Pactum dotali 3 C. de collationibus. „Neminem video, qui ad hoc recte respondeat: vos autem dicite singulariter, quod illi contractus matrimoniales habeant quandam speciem testamentorum, vel ad minimum ultimae voluntatis. Ideo defertur hereditas non vi pacti, quia pactis non potest deferri hereditas, sed defertur vi cujusdam ultimae voluntatis, Ex quo aliud sequitur, quod si habent instar ultimarum voluntatum, quod semper possunt revocari per eos, qui sic contraxerunt.

[2]) Aliquot magni nominis Doctores in ea sunt opinione, pactiones istiusmodi, quae super adventuris haereditatibus in instrumentis dotalibus fiunt, vigore praedictae consuetudinis in Germania permitti, et tamquam validas legitimasque subsistere. Ex quibus omnia concludi possit, quod dotalia pacta, quatenus etiam de succedendo quid statuunt, valere et secundum ea succedi oporteat. *Consilia* JOANNIS FICHARDI advocati reipublicae francofurtensis, Francof. 1590. Cons. van 10 Nov. 1565.

stemming gebracht konden worden; en dit was het geval, zoo dikwijls het een pact. de succ. conservanda gold.

Onder die tijdgenooten behoorde ook de als dichter niet onbekende Joachim Mynsinger a Frundeck [1]), die de geldigheid dezer erfstellingen zoo uitgemaakt rekende, dat een onderzoek daaromtrent hem overbodig toescheen [2]). Op eene andere plaats verklaart hij een statuut, volgens hetwelk kinderlooze echtgenooten van elkander erven, voor geldig, want, zegt hij, door overeenkomst kan dit erfrecht worden vastgesteld, en men mag immers besluiten a pacto ad legem [3]).

Zich zelf niet altijd gelijk bleef Andreas Gaill [4]), wiens *Practicarum Observationum libri* II in 1578 te Keulen het licht zagen.

Deze, die de Erbverbrüderung geldig verklaarde, omdat bij vorsten en hooggeplaatste personen alle kwaad vermoeden of zucht naar eens anders dood verdwijnt [5]); die leer-

---

[1]) Hij kwam in 1514 te Stutgardt, met één tand, ter wereld, en stierf in 1588 op zijn kasteel Alsleben, waar hij de laatste jaren rustig het buitenleven genoot. Hij was Hoogleeraar in het R. R. geweest te Freyburg en Assessor van het Kayserliche-Kammergericht te Spiers, later Kanselier te Brunswijk. Hij droeg veel bij tot de oprigting der Hoogeschool te Helmstadt.

[2]) *Responsa juris sive consiliorum decades decem*, Basileae 1580, *Dec.* II, *Resp.* 14. Caeterum quod de jure valeant hujusmodi pacta dotalia, solo consensu conjugum inita, nec ad earum substantiam requiratur scriptura notius est quam ut multum sit examinandum.

[3]) ll. Validum est in jure argumentum a pacto ad legem. Si ergo pacto induci potest, ut conjuges invicem succedant, non extantibus liberis, ergo idem statuto potest fieri et consuetudine.

[4]) Geb. te Keulen 1525, gestorven 1587. Hij was Kanselier van den Keurvorst-Aartsbisschop van Keulen.

[5]) *Pract. Obs.* II, 127. Nam in principibus et illustribus personis omnis sinistra praesumptio vel suspicio captandae mortis alienae cessat.

de [1]) dat overeenkomsten omtrent eene toekomende erfenis zoo afkeuringswaardig zijn, dat zij, zelfs bezworen, niet geldig worden; ja dat zelfs niet door statuut of gewoonte zoo iets kon worden ingevoerd, had eenige oogenblikken vroeger geleerd, dat echtgenooten het gewoonterecht kunnen opheffen door bepalingen in testament of overeenkomst, en over hunne goederen naar willekeur kunnen beschikken [2]).

Ook Hartman Pistoris, in zijne *Quaestiones juris tam Romani quam Saxonici*, wil niets weten van de algemeene geldigheid der erfstellingen in huwelijksvoorwaarden, hoewel hij genoodzaakt is te bekennen, dat zij in sommige plaatselijke rechten gewettigd zijn [3]). Hij neemt de leer van Fr. Vivius over, dat de vrije wil meer moet begunstigd worden dan het huwelijk [4]); zelfs niet over eerstgeboorterecht of het deel

---

[1]) ll. II, 125, pacta futurae successionis adeo improbata sunt, ut ne jurata quidem valeant. Hereditas enim non datur pactis sed testamento, idque adeo verum est, ut neque statuto vel consuetudine contrarium recipi et introduci posset.

[2]) ll. II, 124. Possunt enim conjuges consuetudinis vigorem, si quis sit, aut testamento aut pactis dotalibus prorsus tollere, et de rebus suis pro arbitrio disponere.

[3]) Bijv. in de *Keurvorstelijk-Saksische verordening*, parte 2, const. 43. „Nachdem die Ehestiftungen contract seyn, so ist es auch genug, wann zween Zeugen oder drey dabey gewesen; da es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hätte, dass sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden, als da die Erbschafft auf den Todesfall darinnen vermacht, und es seynd fünff oder mehr Zeugen darbey gewesen, so sollen solche Ehestiftungen, in vim ultimae voluntatis kräfftig erkannt werden. Also auch wann die Ehestiftungen in gleichen Fällen als pacta nicht können Statt haben, und sie würden in Beyseyn beyder Theil gebührlich insinuirt, und gerichtlich eingeschrieben, so sollen sie auch kräfftig erkannt werden.

[4]) *Dec.* 507, N°. 4. Quod potior sit favor liberi arbitrii quam matrimonii.

vooruit mag in huw. voorw. gehandeld worden. Waar de gewoonte deze erfstellingen in huwelijksvoorwaarden toelaat, zal zij toch altijd, gelijk in de Keurv. Saks. wetgeving, slechts als uiterste wilsbeschikking gelden, en zullen vijf getuigen daarbij moeten aanwezig zijn [1]).

Hij bestrijdt de meening van Borcholt [2]), die hare geldigheid bouwde op eene recepta Interpretum sententia, want, zegt hij, waar zij werden toegelaten, werden zij slechts beschouwd als eene donatio reciproca. Daarom ook wil hij, wat later Stryke nauwkeuriger uitwerkte, dat men zich zorgvuldig onthoude van het gebruiken van termen uit het erfrecht. Daarmede vervalt dus elk denkbeeld van erfstelling.

Tot dus verre zagen wij de gewoonte om in huwelijksche voorwaarden erfstellingen optenemen voortdurend in gebruik, maar door de Romanisten heftig bestreden; alleen als uiterste wilsverklaringen kende men er kracht aan toe, zoodat de herroepelijkheid tot haar wezen behoorde.

Maar ook dat laatste hield op, sinds den aanvang der 17. eeuw, en Bartholdus Musculus, een rechtsgeleerde uit Jena, was de eerste, die eene derde soort van erfopvolging aannam, namelijk die door overeenkomst [3]).

Hij beloofde eene verhandeling over de mutua conjugum successio secundum tabulas matrimoniales, maar het bleef bij de belofte, en de uitvoering achterwege.

Nu volgde spoedig eene rij van schrijvers, die de onherroepelijkheid van zulke erfstellingen betoogden, Schilter,

---

[1]) HARTMANNI D. SIMONIS F. PISTORIS, *Quaestionum juris tam Romani quam Saxonici liber quartus, locupletatus per D. Simon. Ulricum Hartmanni F.*, Lipsiae 1621. Henningi Grosii. *qu.* 1, 2, 4.

[2]) *Tractatus de pactis*, cap. 5, num. 67 en 71.

[3]) *De succ. conventionali vel anomala* membra 1, class 1, conc. 2, 3e uitgave, Frankfort 1696.

Strijke, Leyser, enz. Zij beriepen zich op een oud gewoonterecht, en namen eene indeeling van de pacta dotalia in mixta et simplicia aan. De eerste soort omvatte dan de tot nu toe alleen geldig verklaarde pacta in vim ultimae voluntatis confecta, de tweede die erfstellingen door overeenkomst, die onherroepelijk waren.

Leyser erkende de eerste nog, ter wille eener langdurige praxis, maar noemde haar een monstrum ex juribus partim Germanico partim Romano conflatum [1]).

Hij oordeelde het verbod in het Romeinsche recht eenvoudig een bewijs van de verregaande zedeloosheid der Romeinen, een verbod dat zijn toepassing geheel verloren had voor een volk als de Duitschers, die, gelijk reeds Tacitus hen schetste, de oprechtheid en onschuld zelve waren [2]).

Het duurde dan ook niet lang meer of, dank zij de natuurrechtelijke school, waarop Christiaan Wolff zulk eene invloed had, de pacta dotalia mixta werden geheel verworpen. Het moge dan Justus Hennig van Boehmer, de Haller Hoogleeraar, geweest zijn [3]) zooals Beseler meent, of Joh. Christ. Bucky, die in 1730 aan de Leipziger Hoogeschool met een proefschrift *de pactis successoriis* den doctoralen graad verwierf [4]), die hier den stoot gaven, stellig werd in de eerste helft der 18. eeuw de geldigheid der erfstellingen in het algemeen aangenomen [5]).

---

[1]) LEYSER, *Meditt. ad pand.* Spec. 308, med. 3 et 8.

[2]) Il. Spec. 43—45.

[3]) *Exercitationes ad Pandectas*, Gottingen 1751. IVe deel, p. 667—717, exerc. 71. *de succ. hereditaria conjugum ex pactis dotalibus.*

[4]) JOA. CHRIST. BUCKY, *Diss. de pactis successoriis*, Lipsiae 1730.

[5]) Men vindt de pacta dotalia mixta nog erkend in het *Solmser Landr.* van 1571, titel 18. *Francfurter Reformation*, Theil III, tit. 2, § 4 en 5.

Alvorens wij nu de geschiedenis van het Instituut verder vervolgen, willen wij tot Frankrijk terugkeeren, en ook daar een onderzoek instellen naar de geldigheid dezer erfstellingen, om daarna voor de beide landen de beteekenis en de kracht van dergelijke overeenkomsten nategaan.

Reeds van Mynsinger vernemen wij, dat in Frankrijk de geldigheid dezer erfstellingen veel vroeger was aangenomen. Toen in Duitschland Zasius hare wettigheid nog slechts in enkele gevallen wilde erkennen, waren ze in Frankrijk, bij het in schrift brengen der Coutumes, reeds op verscheidene plaatsen uitdrukkelijk gewettigd; en het was niet vreemd, want daar was niet het Romeinsche recht een hinderpaal in den weg komen leggen, en reeds vroeg was het oude gebruik van den adel doorgedrongen tot de roturiers. In Zuid-Frankrijk daarentegen had het Romeinsche recht immer gegolden, en daar dus zullen wij meer overeenkomst aantreffen met de Duitsche toestanden.

Ons onderzoek splitst zich dus hier in twee deelen. Eerst gaan wij de ontwikkeling na, die aan de leer der erfstellingen door overeenkomst te beurt valt in het pays du droit écrit, daarna in het coutumiere Frankrijk.

Lüneburger Stadtrecht, p. III, tit. 5. *Const. Elect. Aug.* p. II, c. 43. *Wildenburger Landr.* van 1603, Th. II, c. 16, § 5 en 9.

De pacta dotalia simplicia daarentegen geldig verklaard in het *Freyburger Stadtr.* 1520, tract. III, tit. 2. *Hamburger Stadtr.* van 1603, Th. II, tit. 11, art. 11 en 12. *Wurtemberger L. R.* van 1609, Theil. III, tit. 8. *Churpf. L. R.* van 1610, Th. III, tit. 5. *Nassau-Catzenellbogische L. Ordnung* van 1616, Th. IV, cap. 6, § 2 en 3. *Gewohnheitsrecht. der Stadt Landau*, § 4. *Landgerichtsordnung des hohen Stifts Wurzburg* van 1618, Th. III, tit. 100, § 4. *Chur-Köln L. R.* van 1663, tit. VIII, § 2. *Churtriersches L. R.* van 1668, tit. VI, § 2. *Chur-Mainz. L. R.* van 1755, tit. 1, § 1. *Manderscheid-Blankenheimische Rechtsordnung* van 1768, tit. 5, § 3. *Stadtr. v. Wimpfen* van 1775, Th. I, tit. 3, § 4.

Onder de Fransche Romanisten, die gelijktijdig met Zasius leefden, vinden wij den regel van het Romeinsche recht gehuldigd: eene erfstelling geschiedt door testament, niet door overeenkomst. Maar de primogenituur, of de rechten van den oudsten zoon, door het Leenrecht ingevoerd, leidde reeds spoedig tot de erfstellingen in huwelijksvoorwaarden.

Het was eene vaste gewoonte onder den adel om reeds in de huwelijksvoorwaarden te bepalen, dat bepaalde goederen aan den eerstgeboren zoon zouden komen. Zulke overeenkomsten achtten de meesten geldig, het onderwerp was eene bepaalde zaak, en een notaris ging namens den eerstgeborene, dien hij geacht werd te vertegenwoordigen, de stipulatie aan [1]).

Anderen beriepen zich op de Lex pactum dotali, om de ongeldigheid vast te houden van elke overeenkomst, waarin een of meer kinderen, boven de anderen, werden bevoordeeld. Tegen hen wees men op de gewoonte, maar het antwoord was spoedig gegeven: door gewoonte mag niet ingevoerd worden, wat onzedelijk is — de oude strijd tusschen Baldus en Alexander werd weder opgerakeld, en in gesloten gelederen stonden de strijders tegen elkander over, van wie de eene helft het Romeinsche recht tot het uiterste verde-

---

[1]) GUIDONIS PAPAE *Decisiones Gratianopolitanae*, Lugduni 1554. Dec. 267 et 506. Deze was in den aanvang der 15. eeuw te St. Saphorin d'Ozon geboren, en aldus genaamd naar het door het Chateau Neuf du Pape bekende landgoed, dat vroeger aan zijne familie had toebehoord. Zijne opvliegendheid, die hem in zijn huwelijksleven zoo veel onaangenaamheden berokkende, hinderde hem niet in zijne maatschappelijke betrekkingen. Achtereenvolgens raadsheer in het Conseil Delphinal, maître des requêtes, eindelijk raadsheer in het Parlement van Grenoble, sleet hij echter zijne laatste dagen in stille afzondering, ten gevolge van zijn onmin met Lodewijk XI.

digde, de andere met den geest der eeuw trachtte mede te gaan.

Wij willen de hoofdpunten van dien strijd even aanstippen, en nagaan, hoe ook hier, even als in Duitschland, het Romeinsche recht wijken moest voor de meer en meer toenemende volksgewoonte.

Decius [1], een rechtsgeleerde uit Milaan, en in 1454 buiten huwelijk geboren, was, tengevolge der oorlogen, die gevoerd werden, om de aanspraken van den Franschen koning op de erfenis van Valentine de Milan te doen gelden, uit Italië geweken, en Raadsheer geworden in het parlement te Grenoble.

In dien tijd werd door hem een Consilium uitgebracht omtrent eene primogenituur, welke hij geldig verklaarde, omdat slechts bepaalde zaken (het kasteel de la Bastida en de helft der roerende goederen) daarvan het voorwerp waren [2]).

Maar ter loops bespreekt hij tevens de geldigheid van zoodanige overeenkomst, die niet over bepaalde goederen maar over het erfrecht gesloten was. Hij beroept zich daartoe op Baldus, die haar voor wettig had gehouden, als zij door gewoonte was ingevoerd.

Wij herinneren ons, dat deze de geldigheid bestreed van een statuut, waarin bepaald was, dat dochters, die buiten de stad huwden, daardoor haar erfrecht verloren. Hij meende, dat op die wijze inbreuk werd gemaakt op het recht van beschikking, dat niet mocht worden aan banden gelegd, en het moet ons dus bevreemden, dat wij juist de tegenovergestelde meening aan den grooten burger van Perugia zien toegeschreven.

---

1) Geb. 1454. gest. 1535.

2) *Consilia sive Responsa* PHILIPPI DECII, Francofurti Feyerabend 1588. *Cons.* 578. p. 610. a.

Maar die verwondering wijkt, zoo wij de plaats zelve naslaan, en haar terug vinden in zijne verklaring van de Libri Feudorum. Daar wordt door hem beweerd, dat, hoewel het Romeinsche recht er tegen is, beschikkingen omtrent het erfrecht in huwelijks-voorwaarden door de gewoonte kunnen worden gewettigd. [1]).

Wij zien hierin een nieuw bewijs, dat juist in het Leenrecht de oorsprong ligt der erfstellingen door overeenkomst.

Een paar bladzijden vroeger laat hij zich nog sterker uit, bij de behandeling van de overeenkomst, die de Leenheer aangaat met een derde, voor het geval dat de leenman zonder kinderen overlijdt.

Dit is geen pactum de futura succ., zegt hij, maar een pactum tale quale est, en tegelijk neemt hij de gelegenheid

---

[1]) Bij de behandeling van het 26 hoofdstuk van het tweede boek der libri feudorum, spreekt hij naar aanleiding der woorden „filii nati ex ea uxore, cum qua matrimonium tali conditione contractum est, ne filii ex ea nati patri ab intestato succedant, nec in feudum succedunt. Nam quamvis ratione improbetur talis conditio, ex usu tamen admittitur," zijn oordeel over de geldigheid dezer overeenkomst aldus uit. Nota quod licet ista pactio juris Romani improbatur tamen consuetudine tolleratur. Sed nunquid ista consuetudo potest habere aliquod motivum aequitatis. R. Sic propter favorem et honorem matrimonii, nam sub tali pacto nobiles inveniunt nobiliores, per quos nobilitas crescit, verbi gratia si marchio qui tenet feudum ab imperatore accepit in uxorem quandam filiam regis quae ei non nuberet nisi hoc pacto quod filii sui succedant in marchionatu et non alii de alio matrimonio. Item ego video in alia materia magnas inconvenientias. Pone accepi in uxorem quandam nobilem quae dedit mihi decem milia florenos in dotem sperans filios suos successuros mihi; aliter mihi non fuisset nuptura. Suscepi ex ea unum filium, ex quadam meretrice habui plures spurios quos feci legitimari ab imperatore ita quod succederent pro virili cum legitimo, nonne haec est magna inquitas et magna circumventio nubentium.

waar om hier de geldigheid dezer erfstellingen in het algemeen te bespreken; hij verkondigt hier eene leer, geheel tegenovergesteld aan die welke hij voor het Romeinsche recht had gepredikt en wil elke erfstelling, zoo die slechts bezworen is, geldig verklaard zien.

Hij bestrijdt daar de meening van Bartolus, die alleen op deze voorwaarde het pactum de non succ., uit kracht van het decretale van Paus Bonifacius VIII wettigde [1].

Hij weêrlegt de bedenking die tegen de geldigheid der overeenkomsten omtrent de beërving gemaakt was, het votum captandae mortis, door te zeggen: Wie kan lezen in de binnenste schuilhoeken van eens menschen hart? Dit is onmogelijk, en het staat bij hem vast, dat de overeenkomst kan nagekomen worden, zonder daardoor de eeuwige zaligheid te verbeuren.

Het is eene persoonlijke meening van Baldus, waarschijnlijk ontleend aan den titel uit de Libri Feud. de matrim. ad morgan. contracto, waarvoor hij geene bewijzen kan aanvoeren, alleen eene uiting van wat de behoeften des tijds verlangden en die door de almachtige heerschappij van het Romeinsche recht spoedig werd onderdrukt.

Maar de gewoonte had stand gehouden en anderhalve eeuw later roept Decius het oordeel van Baldus als autoriteit in, om de geldigheid der primogenituur te staven.

Decius [2]) aarzelde nog en eindigde met te wijzen op bepaalde

---

[1]) *Liber Sextus decretalium Bonif. Papae VIII.* Liber I. tit. 18, de pactis, cap. 2. Quamvis pactum patri factum à filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen juramento, non vi, nec dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit: Cum non vergat in aeternae salutis dispendium, ne redundet in alterius detrimentum.

[2]) *Decisiones Capellae Tholosanae,* cum addit. STEPHANI AUFRERII

goederen, die alleen het voorwerp waren der overeenkomst. De president van het parlement van Toulouse trad krachtiger op. Aufrerius durft het eerst de geldigheid en tegelijk de onherroepelijkheid dezer erfstellingen voorstaan. Bij het uitgeven der uitspraken van de capella Tholosona, zegt hij, dat hij vroeger de oude meening had voorgestaan, maar door de menigvuldige arresten van het parlement veranderd was. Hij voert geene andere bewijzen aan dan het gezag van Baldus, dat wij ook door Decius hoorden inroepen; maar hij erkent de geldigheid der erfstellingen alleen onder den adel en zoo zij bezworen waren.

De onherroepelijkheid besluit hij uit den aard van alle overeenkomsten, die niet mogen herroepen worden zonder de toestemming van hem, ten wiens voordeele zij zijn aangegaan, ook al is deze een derde.

Hem volgde Boërius, die ook de geldigheid onder den adel staande hield. — Waarom, roept hij uit, aan de vrouw onthouden in den dos, wat men aan ridders in testamenten toestaat [1]).

Hij leert ook, dat in de huwelijksvoorwaarden bij tweede huwelijk, mag worden bepaald, dat, de kinderen die daaruit zullen geboren worden, even als de tweede echtgenoot zelve, hunnen vader niet zullen beërven, zoolang er kinderen

---

in *Sacro Sanctae Decisiones canonicae*, Lugduni 1567. Qu. 453 en 454 (in het exemplaar der Utr. Bibl. verkeerdelijk gedrukt 455). Ego saepenumero secundam istam opinionem consului. Sed deinde quia per arresta quam plura curiae parlamenti inter nobiles contrarium decisum opinione mutata, consului valere tale pactum inter nobiles, si juramento fuerit firmatum.

[1]) *Decisiones Burdegalenses per* N. BOERIUM, Francof. 1574. Dec. 204. geb. te Montpellier Mei 1469. + 10 Junij 1539 te Bordeaux, als praesident v. h. parlement.

uit het eerste voorhanden zijn, waarin hij Johannes Faber volgt, die dit afleidde uit den 29 titel van het 2 boek der Libri feudorum.

Dit wil hij dan ook op niet-adelijken zien toegepast.

Molinaeus behandelt een dergelijk geval. Bij huwelijksvoorwaarden heeft de echtgenoot voor zich en hare kinderen afstand gedaan van de erfenis van haren man. Dit beding is alleen daarom geldig, omdat het een pactum de non succ. is, hetwelk zegt hij, alleen van onwaarde is, zoo het gesloten wordt tusschen de dochter en haren vader, volgens de Lex pactum dot [1]).

Het is een treffend voorbeeld hoe de gewoonte haren invloed deed gelden. De regel is thans reeds uitzondering geworden. Daarop volgt dan een breed betoog, dat zulk eene overeenkomst geenszins tegen de goede zeden aandruischt; welke toch was de keus, die den nieuwgehuwde te doen stond; óf deze overeenkomst te sluiten, óf een ontuchtig en bandeloos leven voorttezetten, en aldus anderen door een slecht voorbeeld te ergeren en de kinderen met het brandmerk der onechtheid ter wereld in te zenden? Thans was dit kwaad voorkomen, en het recht mocht niet tegenwerken wat de zedelijkheid gebood. Zoo komt hij tot eene uitspraak, geheel tegenovergesteld aan die van Franc. Vivius, dat de huwelijksvoorwaarden zooveel mogelijk moeten bevoorrecht worden, een naklank van wat reeds Baldus leerde dat het de huwelijken zijn die immortalitatem praestant generi

---

[1]) *Consilia et Responsa* CAROLI MOLINAEI, Franciae et Germanicae jurisconsulti. Tertia editio, Lugduni 1582. Cons. 15, p. 67. „Quibus non obstantibus, contrarium censeo, hujuscemodi conventionem et renuntiationem legitimam et validam fuisse, et esse servandam: quia nullo jure prohibitum invenitur pactum negativum, seu absolutae renuntiationis futurae successionis, nisi in filia legitima; D. lege pactum dotali.

humano. Eindelijk verdiept hij zich in eene historische beschouwing, waarin hij, op grond van het hoofdstuk de filiis natis ex matr. ad morg. contr. uit de Libri feudorum beweert, dat afstand van erfrecht door overeenkomst eene oude volksgewoonte was der Germanen, bij de Saliërs vooral in zwang; eene beschouwing waarvan de onjuistheid door de Laurière [1]) is aangetoond.

Bij Molinaeus stonden wij een oogenblik stil, want hij was de laatste der fransche rechtsgeleerden, die theorie en praktijk zochten te vereenigen. Na Alciatus kwam er door Cujacius een nieuw leven in de studie van het Romeinsche recht, er ontstond eene historische school, die de meeningen van Ulpianus en Papinianus ontwikkelde, veel licht verspreidde over het wezen en de beginselen van het Romeinsche recht, maar op nieuwe behoeften geen acht sloeg. Zij leerde het zuivere Romeinsche recht, en daarin was elke overeenkomst, die zich met toekomende goederen inliet, een gruwel. Wij kunnen dus hier van de Romanisten afstappen, en ons gaan bezig houden met de ontwikkeling van ons leerstuk onder de beoefenaars van het costumiere recht.

Daarin stemmen alle vroegere en latere schrijvers overeen, dat het instituut uit de behoeften van den adel ontstond, en eerst later ook bij den burgerstand in gebruik kwam. Den gang dezer ontwikkeling willen wij thans gadeslaan.

In het *Conseil à un amy* van Pierre des Fontaines [2]) vinden wij het eerst van erfstellingen door overeenkomst melding gemaakt.

Hij noemt eene menigte gevallen [3]) waarin eene overeen-

---

[1]) *Inst. contr.* I, p. 20 en volgg.

[2]) Uitgave van MARNIER, Paris. Durand 1846.

[3]) In het 15e hoofdstuk onder het opschrift: „Ci parolle de toutes

komst over de erfenis ongeldig is. Al zijn ook de Romeinschrechterlijke sympathiën van Pierre des Fontaines onloochenbaar (van 657 zijner paragr. toch zijn 409 vertalingen van plaatsen uit het Corpus juris), juist daarom zijn zijne uitspraken belangrijk, want men leert er uit dat erfstellingen door overeenkomst in zijn tijd in gebruik kwamen of waren. Hij behandelt het geval van twee broeders, die den langstlevende hunner over en weder contractueel instellen, en verklaart deze overeenkomst krachteloos [1]). Eenige regelen verder verklaart hij de clausule, die een vader in het huwelijks-contract van zijn zoon had doen opnemen, dat, bijaldien de man stierf zonder erfgenamen, zijne vrouw bij de verdeeling der vaderlijke nalatenschap in zijn plaats zou treden, voor krachteloos. Den vader kan het recht van testeeren niet ontnomen worden, en de andere erfgenamen mogen daardoor niet geschaad worden [2]). Hetzelfde zegt hij van een contract, dat twee broeders hadden aangegaan over de wijze waarop zij de vaderlijke nalatenschap, wanneer die openviel, zouden verdeelen [3]).

Veelvuldig waren thans ook de overeenkomsten in gebruik, waarbij afstand van erfrecht door de dochters gedaan werd, eene gewoonte die door den adel was ingevoerd, met het

---

les convenances qui font a tenir et qui ne font mie a tenir, et monstre chascune par son droit."

[1]) XV. 7. La covenance que tu dis qui fu fète entre II frères qui n'avoient nul anfant, que liquez que morust devant, ses héritages revenist à l'autre, ne puet riens nuire al ainzné en francfié, ne as autres enfans en vilenage: car ence cas a li ainznez le francfié, et li vilenages est partissables; ne on ne fet mie oir qui communent de son eritage, par notre usage.

[2]) ll. XV. 16.

[3]) XV. 18.

oogmerk om daardoor den glans hunner eigene familie, waartoe ook het grootere erfdeel des oudsten zoons, de primogenituur, droit d'ainesse, bevorderlijk was, staande te houden. Deze afstand door overeenkomst gaf later aanleiding tot erfstelling door overeenkomst [1]). Van leengoederen echter waren, vooral in den aanvang, de vrouwen uitgesloten, soms ook van andere goederen. Eene huwelijksgift diende dus tot uitzet [2]), en nu vinden wij herhaaldelijk de vraag behandeld, of daar, waar de dochters niet van de opvolging waren uitgesloten, het ontvangen van het uitzet, het maritagium, haar ipso jure uitsloot van het recht van opvolging in de later open te vallen ouderlijke nalatenschap. Meestal werd haar de keus gelaten tusschen inbreng en aandeel, of geen inbreng maar dan ook geen aandeel in de erfenis [3]). Al verving dus het maritagium de plaats van haar erfdeel, zoo zal men toch geen erfstelling kunnen zien in eene gift van tegenwoordige goederen, wat toen inderdaad het uitzet was [4]).

Wat erfstelling door overeenkomst betreft, deze behandelt

---

[1]) Les renonciations des filles, simplement contractuelles à l'origine, furent coutumières un siècle plus tard. L'exception devint la règle, et le contrat de mariage servit non plus à exclure la fille, mais, au contraire à la rappeler. LABOULAIJE. *Cond. civile des femmes.* p. 366.

[2]) *Grand Coutumier de Normandie.* Chap. XXVI, de parties d'heritages.

[3]) BEAUMANOIR, *Cout. de Beauv.* Ch. XIV, 12. cil que peres et mere marient, ont le quois d'austaire, s'il lor plest, ou de raporter ce qu'il en ont porté et revenir à partie du descendement. DESMARÈS, *Décision* 236.

[4]) BEAUMANOIR, LXX, 5. Neporquant, li hons ou le feme poent bien doner, au quel qui li plest de ses enfans, de ses muebles, de ses conquès, et li garantir tant comme il vit; mais après se mort, se li dons fu si outrageus que li autre en demorent deshireté, li dons n'est pas à soufrir; car il n'est pas resons entre cix qui sunt frère et seror, que li uns ait tout et li autres nient; e quele partie çascuns doit avoir,

Beaumanoir in het geheel niet. In de Assises de la Cour des Bourgeois echter vindt men van iets dergelijks melding gemaakt [1]); en zoo men door het stilzwijgen van Beaumanoir op het vermoeden gebracht wordt, dat erfstellingen door overeenkomst, zoo zij al in gebruik geweest zijn, toch niet veelvuldig waren, in de registers van het parlement de la Cour, de door Beugnot uitgegevene Olim's, vindt men herhaaldelijk gewag gemaakt van overeenkomsten over erfenissen. Zoo vindt men in een huwelijks-contract het beding gemaakt, dat, zoo de man stierf zonder kinderen, de vrouw de helft zijner nalatenschap zou erlangen [2]). Dat het iets anders moet geweest zijn dan een doarium, blijkt uit de klacht der erfgenamen „dictas conventiones, ut pote contra consuetudinem patriae factos non valuisse etc., en dat met hereditas hier niet alleen de prôpres bedoeld zijn, daaruit dat

---

il est dit u capitre des descendemens et desqueances. Et ce c'on dit que cil que père et mère marient ont le cois de raporter et de partir, ou d'austaire sans raporter et sans partir, quant ils se tienent por paié de che qui lor fu doné à mariage, c'est à entendre quant li dons ne furent pas si outrageus que li autre en demorerent desherité.

[1]) *Assises de la cour des Bourgeois*, Chap. 32. „Il porroit estre que il soit avenu on il avendra que ci faite choze ce fera, que aucuns li vendent l'eschete que il atent d'aucun heritage qui li doit parvenir, et d'aucuns drois ou raizons que il a en aucuns heritages, c'est as savoir especifiés on non especifiés, maisons, excurs en aucune manière, que l'on atent a avoir de heritages que autres personne a et tient, par aucunes achaizons ou condissions que les premiers seignors de l'eritage auront mis et fait.

[2]) *Olim* II. *Arrêts. Philippe le Hardi*, 1277, N°. 31, pag. 96.

Tales fuerunt convenciones in tractatu matrimonii quod, si contingeret dictum Erardum decedere sine herede proprii corporis, quod dicta Margareta teneret medietatem tocius hereditatis sue, racione dotis, seu donationis propter nupcias.

de vrouw daarenboven nog melius herbergamentum (manoir) ontving.

De vrouw werd in het gelijk gesteld, waar echter wellicht toe bijdroeg dat het beding alleen was gemaakt quam diu viveret.

Eene belofte, gedaan aan een zoon, dat zijn toestand niet ongunstiger zou gemaakt worden dan die der andere kinderen, werd van onwaarde verklaard, als strijdig met de volksgewoonte. Het is echter opmerkelijk, dat om te berekenen of aan de gewoonte was te kort gedaan, een lijst opgemaakt werd van alle goederen, die de erflater bezeten had tempore donationis et promissionis [1]).

In Parijs was het geven van primogenituur geene gewoonte, maar de oudste zoon moest zich tevreden stellen met wat hij ontvangen had van zijne ouders bij gelegenheid van zijn huwelijk [2]). Het is mogelijk dat wij hierin den oorsprong vinden van de mariages comme aîné et principal héritier, die wij later veelvuldig zullen aantreffen. Eene ware erfstelling door overeenkomst vinden wij eindelijk 20 jaar later vermeld [3]).

De zaak is merkwaardig, omdat zij toont, hoe het hooge gerechtshof de geldigheid van zoodanige erfstellingen beoordeelde. Arthur, hertog van Brittanië, had met al zijne erfgenamen eene overeenkomst gesloten over de verdeeling zijner nalatenschap, om latere tweedracht te vermijden, en vele verwanten hadden als getuigen dit contract bijgewoond; later wendde zich de oudste zoon tot het Koninklijke Hof, met verzoek dat de koning deze overeenkomst bekrachtigen

---

[1]) *Olim* II, p. 204, Philippe III 1282. N°. 5.
[2]) *Olim* II, p. 302, Philippe IV 1290. N°. 9.
[3]) *Olim* II, p. 548, Philippe IV 1311.

zou, en het antwoord luidde aldus: quod in illum eventum quod dicti liberi, pro quibus facta est dicti ducis praedicta provisio, cum ad etatem legitimam pervenerint, et eorum quilibet eam gratanter acceptabunt et erunt ea contenti, dicta provisio patris eorum teneat et inconcusse servetur; si vero dicti liberi vel alter eorum noluerunt ea esse contenti, tam dicta provisio ducis ejusdem quam littere nostre, pro nullis et pro non factis habeantur, et, eis non obstantibus, veniant dicti liberi ad tale jus quod eis competere de racione poterit in terris et bonis ducis predicti prout fuerit racionabiliter faciendum. Het werd dus beschouwd als een gewoon testament, eene eenzijdige verklaring van den vader, die de kinderen niet verbond.

Voor de geldigheid van erfstellingen door overeenkomst schijnt zich ook Des Mares te verklaren, als hij in zijne 93e Decisie zich aldus uitlaat; «l'on doit faire provision aux enfants quand l'on traite de la succession de leurs parents."

Masuër, wiens *practica forensis* later tot landrecht werd voor Auvergne, erkent erfstelling door overeenkomst, niet alleen in huwelijks- maar ook in societeits-contracten [1]) als geldig, zoo de kinderen slechts hun legitime hebben.

Vonden wij tot nog toe slechts aan den adel het voorrecht toegekend om van dit instituut gebruik te maken, de in schrift gebrachte Coutumes leveren ons het bewijs, dat, reeds in het laatst der 15, ceuw in sommige gedeelten van Frankrijk, ook de niet adelijken zoodanige erfstellingen maakten. In éene der Coutumes, die van Berry vindt men deze wijze van opvolging uitdrukkelijk verboden, [2]) maar de Romeinsch-rech-

---

[1]) Titel 32, de succ. ex ult. volunt N°. 57, Titel 28, de societ. N°. 19.

[2]) *Berry* VIII. 5.

Jaçoit que le mary et la femme, avant le mariage solemnisé, ou con-

terlijke sympathiën van den President Lizet, door wiens bemiddeling deze costume in schrift werd gebracht, verklaren dit genoegzaam. In vele andere wordt ons instituut met stilzwijgen voorbij gegaan; in drie coutumes, uit het midden van Frankrijk vinden wij het gebruik uitdrukkelijk gewettigd [1]).

Tegelijk vindt men een andere vorm van erfstellingen door overeenkomst aangenomen, (les reconnaissances et déclarations d'aîné et principal héritier, in de landrechten van Anjou, Maine, Touraine et Loudunois, en iets dergelijk in de coutume van Normandië.)

Eene eeuw later verklaart Antoine Loysel [2]): «Institution par paction ou reconnaissance d'heritier simple ou mutuelle par contrat de mariage vaut par la loi salique des Français et ne se peut revoquer», en die meening wordt overgenomen door Guy Coquille [3]).

Al is de grond, waarop hij bouwt, verkeerd, die uitspraak is merkwaardig, omdat zij ons leert dat dit gebruik ook in zwang kwam, en gewettigd werd in de provinciën,

---

sommé, puissent donner simplement ou mutuellement l'un à l'autre: toutesfois ils ne pourront par ledit contract instituer heritier l'un l'autre, mutuellement ou simplement, ne pareillement convenir que l'un succedera á l'autre après son decez, mutuellement ou simplement, comme dit est, en tous les biens universellement:

6. Ladite institution d'heritier faite en contract de mariage en faveur des descendans dudit mariage n'est valable;

[1]) *Bourbonnais ancienne cout.* 1493, titre 5, art. 1. *Auvergne.* 1510, XIV. 26. *(Sauxillanges* en *La Chaise-Dieu) de la Marche* 1521. art. 296.

[2]) *Institutes.* Livre 2. tit. 4. règle 10.

[3]) *Sur les Coûtumes de Nivernois*, Chap. XXVII. art. 12. in les *Oeuvres de Me* GUY COQUILLE, tome II, p. 276. Nouvelle Ed. Bordeaux 1703. „Or cette usance de France de faire des heritiers par contracts de mariage, dépend de l'ancienne loy Salique, et est tenuë pour loy, etiam que les coutumes n'en ordonnent rien."

waar het, bij het in schrift brengen der Coutumes nog onbekend of ongeoorloofd was.

Weder eene eeuw later spreekt de Ordonnance van Lodewijk XV uit, wat vroeger slechts door de rechtsgeleerden verkondigd was; de algemeene rechtsgeldigheid van erfstellingen in huw. voorw. In de Ordonn. van 1731, waarbij de schenkingen geregeld werden, leest men in art. 13: Les institutions contractuelles, et les dispositions à cause de mort, qui seroient faites dans un contrat de mariage, même par des collatéraux, ou par des étrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'acceptation.

In de ordonn. van 1747 werd de onherroepelijkheid vastgesteld (titre I, art. 12) en de substitutie verboden (art. 14)

Erfstelling door overeenkomst, uit den riddertijd afkomstig en voortgesproten uit de behoeften van het leenwezen, zagen wij dus, na een stand-voorrecht geweest te zijn, het gemeen goed worden van alle burgers. Wij sloegen den strijd gaande, dien dit instituut te voeren had met het Romeinsche recht, waar de ultima ambulatoria voluntas de hoeksteen was van het erfrecht, maar uit dien strijd zagen wij de erfstellingen door overeenkomst zegevierend te voorschijn treden en in plaatselijke gewoonten meer en meer gewettigd worden.

Thans kunnen wij er toe overgaan om dit instituut meer van naderbij gade te slaan, zijn natuur te onderzoeken, de wijze waarop het contract kan worden aangegaan en de gevolgen die het teweegbrengt te ontvouwen.

Wij zullen daarbij de fransche institution contractuelle toetsen aan het Duitsche Erbvertrag, de punten van overeenkomst aangeven, en wijzen op het verschil.

Op het hoofdverschil maakten wij reeds opmerkzaam. In Frankrijk was het beding alleen bij huwelijksvoorwaarden, op eene enkele plaats ook bij eene societas omnium bon. geoorloofd; in Duitschland op alle mogelijke wijzen. De Fransche schrijvers

geven als reden van dit onderscheid op, dat in Frankrijk de ontwikkeling van ons instituut spoediger gestuit werd door het Romeinsche recht dan in Duitschland, waar het in schrift brengen van het gewoonterecht vóór de invoering van het Romeinsche recht had plaats gehad. Maar zij gaan uit van eene onderstelling, wier onjuistheid wij reeds trachtten aan te toonen, namelijk dat reeds in den Sachsen-Spiegel en in den Schwaben-Spiegel de latere erfstellingen door overeenkomst vermeld worden. Wij moeten dus naar eene andere oorzaak omzien, en die ligt voor de hand, wanneer men bedenkt hoe het Leenwezen in Frankrijk onder de machtige hand der koningen veel vroeger gefnuikt werd dan aan de overzijde van den Rhijn, dat hier een koningschap ontsproot, dat zijne kracht ontleende aan de burgerstand, maar dezen, zoodra het dit vermocht, onder zijne tirannie deed zuchten.

In Duitschland daarentegen waren de Leenmannen onafhankelijke souvereinen geworden, miniatuurvorsten, die aan het opkomen van een krachtig, éénhoofdig, bestuur in den weg stonden.

Na deze korte herinnering vangen wij, in het volgende hoofdstuk, ons onderzoek aan.

ZESDE HOOFDSTUK.

Het leerstuk der erfstellingen door overeenkomst in het Duitsche en in het Fransche Recht.

De regelen, die het Romeinsche en het Germaansche erfrecht beheerschten, steunden op beginselen, die lijnrecht tegen elkaar overstonden. Sedert bij de Romeinen het «uti legasset ita jus esto» in de 12 tafelen was opgenomen, was de vrijheid van uiterste wilsbeschikking bij hen de hoeksteen geworden van hun erfrecht; maar langzamerhand was men er toch toe gekomen de verkeerdheid in te zien, waartoe dit aanleiding gaf; men leerde begrijpen, dat daardoor aan vele onrechtvaardigheden voet werd gegeven, en kwam tot de erkenning dat een gedeelte der nalatenschap onttrokken moest worden aan de willekeur van den erflater. Zoo werd het recht der legitimen erkend.

De Germaansche stammen daarentegen waren uitgegaan van het denkbeeld van een onbeperkt recht der bloedverwanten op de nalatenschap. Men dreef het zelfs zoo ver dat, gedurende het leven van den tegenwoordigen eigenaar, elke vervreemding de toestemming noodig had der erfgenamen. Maar daarop volgde eene reäctie. De invloed van het Ro-

meinsche recht deed zich gevoelen, en wat men vroeger middelijk door de Vergabungen bewerkte, bewerkte men later onmiddelijk door de testamenten.

Uit het Leenrecht had ondertusschen de adel reeds het gebruik van erfstellingen door overeenkomst leeren kennen; eerst uitsluitend voorrecht van den adel, werden deze langzamerhand, in Frankrijk reeds vroeg, in Duitschland eerst later tot gemeen goed voor allen burgers.

De Universalis Successio van het Romeinsche recht was in Duitschland ingevoerd, en gold ook in het zuiden van Frankrijk, hetwelk door het geschreven recht beheerscht werd; maar hoe was het in de costumiere provinciën gesteld, waar het oude recht zich had staande gehouden?

Daar leefden de oude namen der verschillende vermogensdeelen nog voort. Men sprak nog van propres, acquets en conquets [1])

---

[1]) Acquest est ce qui a été acqui auparavant qu'il fut marié, ou après la dissolution de son mariage, et conquest ce qui a été acquis par les conjoints ou par l'un deux constant leur mariage.

Verder waren er nog goederen die wegens hunne bestemming aan weder andere, zelfstandige regelen onderworpen waren, zooals het Doarium dat de man, aan de vrouw gaf bij het huwelijk, en het Maritagium, de Rom. Dos, die gegeven werd au porte du Moutiers.

Al spoedig ontwikkelde zich ook de gemeenschap der goederen van de echtgenooten, eerst alleen die der acquets later ook der meubles; die gemeenschap riep een erfrecht in het leven, maar een costumier, geen conventioneel.

Dat men ook in het Doarium geen erfrecht door verdrag kan zien, is duidelijk, want het was geen erfstelling maar veeleer eene gift van bepaalde goederen. Daar dit Doarium echter dikwijls bestond uit een gedeelte van zeker soort van goederen (nl. de héritages, *Conseil a un amy* XXXIII. 12) zou men kunnen denken, dat hier van erfstelling door overeenkomst sprake was. Om deze meening te wederleggen, wijzen wij er op, vooreerst dat het meestal geen convenance was, maar eene coutume, die de

en meubles, maar de opvolging was in alle goederen nagenoeg dezelfde, en alleen bleef het verschil voortleven, in zooverre als de regel gehuldigd werd: paterna paternis, materna maternis. Dit nam niet weg dat ook in dit geval aan beide kanten erfgenamen waren. Dit recht van erfgenaamschap openbaarde zich in de Saisine. Bezitsverkrijging was niet noodig, le mort saisit le vif. Maar het verschil van de goederen was in zooverre van belang, als het diende om aan te geven, over welke goederen de erflater recht van beschikking had. Niet overal was dit hetzelfde; in de meeste Coutumes was het beperkt tot de meubles, conquets of acquets, en een vijfde der propres.

Dat deel vormde dan wat men later genoemd heeft de quotité disponible, maar iemand, die daarmede begiftigd werd door uiterste wilsbeschikking, was daarom nog niet erfgenaam. In de meeste Coutumes heette het even als in die van Parijs: Institution d'héritier n'a point lieu, wat men in het Latijn aldus uitdrukte: Solus Deus heredem facere potest, non homo. De op deze wijze begiftigden waren dan geene erfgenamen maar alleen legatarissen. Zij moeten de afgifte vragen aan de erfgenamen.

---

hoegrootheid bepaalde. (*Coutumes notoires du Chatelet de Paris* 59.) Vervolgens dat al bestond het uit een gedeelte van zekere goederen, het niet gold een bepaald gedeelte der nalatenschap, maar der goederen, die op het oogenblik van het huwelijk aanwezig waren. (Beaumanoir XIII 2.) Het was eene schenking van goederen, waarvan, bij vooroverlijden der vrouw, de kinderen het eigendom verkregen. *Conseil XV.* 7. Dezelfde opmerking geldt omtrent het Maritagium. Het was een uitzet meestal van roerende goederen om de huwelijkskosten te dekken, en moest bij de verdeeling der erfenis ingebracht worden. Soms ontbrak deze clausule en wel overal daar, waar het erfrecht der dochters was uitgesloten. Er was dan wat de Duitschers noemen eene Abfindung, in elk geval een gift onder de levenden.

In de landen van het geschreven recht waren dus twee soorten van erfopvolging mogelijk, in de costumiere provinciën slechts ééne. Maar weldra ontwikkelde zich naast die opvolging ab intestato en ex testamento, in geheel Frankrijk, eene andere wijze van erfopvolging, door overeenkomst [1]).

Het valt dadelijk in het oog hoe willekeurig het was, dat, waar door testament slechts een legataris kan gemaakt worden, door overeenkomst een erfgenaam kan worden ingesteld, en de verwarring neemt toe, als men let op de natuur, die aan het instituut werd toegekend.

Men noemde het eene schenking, en streed er dan over of zij er was onder de levenden dan wel ter zake des doods. Onder geene dezer beide soorten kon het instituut geheel worden gebracht, maar men achtte het genoeg, indien men het maar noemde naar de soort, waarmede het de meeste overeenkomst had.

De Laurière beschouwde het als eene schenking ter zake des doods, Lebrun, als eene schenking onder de levenden. Maar niet allen dachten er zoo over; de naam van schenking, die Pothier en Merlin nog gebruikten, was reeds vermeden geworden door Furgole, Domat en Danty. Zij noemden het eene overeenkomst sui generis.

Vanwaar die dwaling? Waarschijnlijk ontstond zij ten deele daaruit, dat de primogenituur bij den adel, de vorm waarin ons instituut, in den beginne, voornamelijk in Frankrijk, voorkwam, slechts bepaalde goederen betrof. Verder kan er toe hebben bijgedragen, dat de testamenten slechts begiftigden maakten, geene erfgenamen, en dat men, waar het wezen veranderd was, den naam nog trachtte te redden. Eindelijk vergete men niet, dat schenkingen alleen door

---

[1]) Les Inst. Contractuelles sont reçues dans toute la France. DOMAT. *Lois civ.* V, p. 30, première edition in octavo, Paris 1823.

overeenkomst konden ontstaan, eene leer die vooral door Domat was in de wereld gebracht.

Maar ook waar men zoodanige erfstellingen geene schenkingen noemde, bleef men er toch eene obligatoire overeenkomst in zien, en kwam aldus tot eene tegenstrijdigheid. Eene erfstelling was, men erkende het, het gevolg dezer overeenkomst, en toch sprak men van eene verbindtenis. Danty b. v., die de benaming van schenking, verwierp definieerde de Institution contractuelle aldus: une obligation que contracte l'instituant envers l'institué, de lui laisser, à titre d'héritier, tous les biens qui lui resteront au jour de sa mort.

Maar alvorens verder de ontwikkeling van het leerstuk na te gaan in de schriften der geleerde juristen, willen wij eerst een blik werpen op de bepalingen der Coutumes, die het instituut hadden gewettigd, toen het noch slechts door de kracht der gewoonte gold in het zuiden van Frankrijk, in de provinciën van het geschreven recht.

Wij vinden daar in de meeste Coutumes alleen het woord: overeenkomsten gebruikt en de naam schenking opzettelijk vermeden [1]); in die van Sedan [2]) en Nivernais [3]) daarentegen

---

[1]) *Bourbonnais* 220. Institution d'heritier, et pacte de succeder faits en contracts de mariage, s'estend seulement ès biens qui se trouveront delaissez par le decès dudit disposant. Et n'empeche ladite institution, ou convenance de succeder, que ledit instituant ne puisse aliener ses biens par contracts entre vifs.

222. Celuy qui a institué aucun son heritier en contract de mariage et faveur des mariez, ou descendans dudit mariage, ne peut faire autre heritier par testament ou contract subsequent qu'el qu'il soit, au prejudice de l'heritier ou heritiers instituéz par ledit contract de mariage.

[2]) *Sedan* art. 119. „Toutes donations et autres pactions et convenances de succeder," etc.

[3]) XXVII 12. „Donations universelles ou particulieres, posé qu'il ait convenance de succeder."

uitdrukkelijk het woord schenking genoemd; in die van Auvergne vinden wij zelfs de overeenkomst, die erfstelling bewerkt, scherp tegenover gesteld aan die, waarbij alleen eene schenking van alle tegenwoordige en toekomende goederen bedoeld wordt [1]).

Het Fransche recht kende echter alleen overeenkomsten, waaruit eene verbindtenis ontstond; dus moest ook hier eene verbindtenis ontstaan, en toch werd tegelijk erkend, dat de bevoordeelde een ware erfgenaam was, niet maar, zooals de bij testament ingestelde, een legataris. Vandaar eene tegenstrijdigheid, die men niet anders wist optelossen dan door niet het erfgenaam zijn, maar de nalatenschap, tot het voorwerp te maken van de overeenkomst.

Zoo kwam men er toe de handeling tot eene schenking te maken. De erfgenaam, krachtens uitersten wil was slechts legataris, en daar sprak men dus, en terecht, van eene schenking ter zake des doods. Even als daar, was ook hier de wil van den erflater in het spel; die gelijkheid bracht tot verwarring, en men noemde ook de erfstelling door overeenkomst eene schenking ter zake des doods. Dat het eene schenking was, scheen voor de meesten vast te staan, hoewel zij uitdrukkelijk verklaarden dat het eene schenking

---

[1]) XIV. 29. Institution d'heritier et pact de succeder faits et accordez en contract de mariage en faveur des mariez et descendans dudit mariage, s'estendent seulement ès biens qui se trouveront delaissez par le decez du disposant. Et par ainsi n'empèche icelle institution ou pact de succeder, que le disposant ne puisse aliener ses biens par contrat entre vifs.

30. Mais donations universelles ou particulieres entre vifs, ou à cause de mort, faites en traité de mariage en faveur desdits mariez ou leursdits descendans, sont irrevocables, tellement que le donateur ne peut aliener ne disposer des choses par luy ainsi données.

was sui generis, die geheel op zich zelve stond; maar hare onherroepelijkheid, en hare mogelijkheid alleen in huwelijksvoorwaarden, gaf toch aanleiding tot het opperen der vraag: Is zij niet welligt eene schenking onder levenden?

Domat behoort onder de eersten, die de ongegrondheid dezer redenering inzagen. Hier is wel eene overeenkomst, zegt hij, maar er ontspruit geene verbindtenis uit, zij heeft hetzelfde gevolg als een testament in de provinciën van het geschreven recht, namelijk: erfstelling [1]).

Le Brun noemt haar eene schenking onder de levenden; de Lauriere eene schenking ter zake des doods, maar beiden zagen toch de moeielijkheid in, waartoe men zoodoende geraakte, en terwijl zij de institution contractuelle eene schenking bleven noemen, verklaarden zij toch, dat, die schenking de gewone karaktertrekken miste.

Guy Coquille houdt haar voor een onherroepelijk testament; Furgole en Danty eindelijk, kwamen eene stap nader tot de waarheid: zagen er geene schenking in, maar eene overeenkomst sui generis.

Vergelijken wij thans de Fransche Institution Contractuelle met het Duitsche Erbvertrag. Ook hierbij zien wij de leer gehuldigd, dat het eene overeenkomst is, waaruit eene verbindtenis ontstaat.

De leer der schenking, die de Fransche juristen er bij te pas brachten, werd verworpen; het Duitsche Instituut moest uit zuiver Germaansche regelen worden verklaard, en daarin was de donatio m. c. onbekend. Dat eene erfstelling geen gift onder levenden kon zijn, was ontwijfelbaar. Maar daar bleef het dan ook bij; zij was overigens eene gewone over-

---

[1]) DOMAT. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, seconde partie préface, chap. X. in *Oeuvres de* DOMAT. V. p. 29. Paris 1823.

eenkomst, (sunt enim mera pacta et conventiones, successionem futuram inter conjuges determinantes); vandaar dan ook de onherroepelijkheid enz.

Op welke wijze kan die overeenkomst worden gesloten? In Frankrijk alleen in huwelijksvoorwaarden vóór het sluiten van een huwelijk aangegaan; in één landrecht, dat van Auvergne [1]), was zij ook mogelijk bij de overeenkomsten van algeheele gemeenschap en de Fransche jurisprudentie wettigde haar dan, als een droit de non décroissement, om aldus alle denkbeeld van erfstelling te keeren. Maar in de wijze waarop zulke overeenkomsten plaats hadden in huwelijksvoorwaarden, is nog eenig verschil optemerken.

Dat zij schriftelijk moesten zijn aangegaan, sprak van zelf Waar het beginsel van schenking op den voorgrond treedt, is natuurlijk ook insinuatie noodig, en soms ook aanneming, welke laatste echter geheel overbodig was, daar zij reeds een noodzakelijk gevolg was der overeenkomst. (Normandie 244, Eu 82.) In ééne coutume vinden wij de in schriftbrenging der overeenkomst toegelaten, ook na het huwelijk, zoo het slechts vaststaat, dat de overeenkomst vóór het huwelijk is aangegaan. (Auvergne XIV 27.)

Verder vinden wij nog voorgeschreven dat er afkondiging geschieden moet door het naastbijgelegen koninklijk Hof of door de assisses van de naastbijgelegene Baronnie of Chastellenie, om de overeenkomst kracht te doen hebben tegenover derden. (Maine. 262.)

In Duitschland kon de overeenkomst op alle mogelijke wijzen gesloten worden en was zij niet, zooals in Frankrijk, alleen bij huwelijksvoorwaarden toegelaten. Men ging zelfs nog verder; in Frankrijk oordeelde men het in schrift brengen

---

[1]) *Auvergne* XV. 1.

eene noodzakelijke voorwaarde, maar in Duitschland ging men uit van het denkbeeld, dat elke overeenkomst, ook eene vormlooze, verbindend was; daarom werd hier geene enkele vorm noodig gekeurd en zoo kwam men tot het vreemde resultaat, dat eene herroepelijke erfstelling aan allerlei vormen gebonden was, eene onherroepelijke daarentegen aan geen enkele.

Men duchtte hiervan echter wanorde, en van daar dat sommigen gerechtelijken of schriftelijken vorm eischten. — De grond waarop dit steunt is niet altijd even sterk. Zoo betoogt Eichhorn [1]) de noodzakelijkheid daarvan op grond dat de erfstellingen door overeenkomst ontstaan waren uit de Vergabung, en bij deze de Auflassung noodig was, die later was overgegaan in eene inschrijving voor de rechtbank of iets dergelijks. Ten onrechte; alleen het gewicht der handeling maakte, dat degenen die zulk eene overeenkomst aangingen, ook al was die zonder vormen wettig, zich van bijzondere vormen bleven bedienen, al was het dan ook maar alleen om later het bewijs gemakkelijk te maken. Daaruit zijn later de wettelijke bepalingen voortgekomen die, zooals in Pruissen, de tusschenkomst van den rechter eischen [2]), of, zoo als in Beijeren en Oostenrijk [3]), eene schriftelijke akte noodig verklaren.

Wat wordt er vereischt in den persoon die instelt? Het antwoord op die vraag hangt hiervan af, of men de erfstelling door overeenkomst beschouwt als eene handeling onder levenden dan wel als eene handeling ter zake des doods. In Frankrijk, zagen wij, waren de gevoelens verdeeld. Le Brun

[1]) *Einleitung.* § 342.

[2]) 1 Theil, Titel 12, § 621.

[3]) *Oesterr. Gesetsb.* § 602, 1249, Zur Gültigheit eines solchen Vertrages ist nothwendig, dass er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testaments errichtet werde.

hield het voor eene schenking onder de levenden; Laurière beweerde, dat hij met weinig woorden volstaan kon, om het ongerijmde dezer meening aan te duiden: de gift eener nalatenschap moest, uit haren aard, eene schenking zijn ter zake des doods; maar al is zij dan ook eene handeling ter zake des doods, zij ontspruit toch uit eene overeenkomst, onder de levenden, aangegaan, en waar nu, bij voorbeeld, de bevoegdheid tot het maken van uiterste wilsbeschikkingen vroeger verleend is dan die, om overeenkomsten te sluiten, stuit men op moeielijkheden.

Maar gaan wij na wat de coutumes bepaalden.

In sommigen (Sedan 119) vinden wij, of den leeftijd van 25 jaren, of toestemming vereischt van ouders of voogden; of bij gebreke van dezen van drie bloedverwanten van moeders zijde; waren ook dezen niet te vinden, dan besliste de rechtbank, na verhoor van vijf of zes vroede burgers. In het landrecht van Auvergne vinden wij, bij erfstellingen in overeenkomsten van algeheele gemeenschap, behalve de vereischten om eene overeenkomst te kunnen sluiten, ook nog gevorderd, dat de erfinsteller gezond moet zijn (Auvergne XV : 1.)

Het spreekt van zelf dat hier geen derden de instelling kunnen doen, maar dat het een der deelgenooten in de gemeenschap zijn moet. Dit vereischte van gezondheid is niet opgenomen in de coutume van La Marche 296; daâr mogen ook zieken het contract sluiten, zoo zij slechts de vereischten bezitten om eene overeenkomst aan te gaan en vrij zijn. (de franche condition.)

Voorts behandelde men nog enkele vragen, die wij kunnen volstaan met eenvoudig te vermelden.

Mag een niet genaturaliseerd vreemdeling bij overeenkomst instellen? Het antwoord luidde weder verschillend, omdat zoodanig een persoon handelingen mocht sluiten onder de levenden, maar niet ter zake des doods.

Mag een serf of mainmortable, ten nadeele van zijn meester, bij overeenkomst, een ander instellen? Het antwoord luidde ontkennend in het landrecht van Auvergne, XXVII 5; de andere coutumes zwegen. In de provinciën van het geschreven recht had het huwelijk geene emancipatie ten gevolge. Kan daar nu een filiusfamilias de kinderen die uit zijn huwelijk geboren zullen worden bij huwelijksvoorwaarden instellen? Het Romeinsche recht gaf, in dit geval, bevoegdheid tot handelingen onder de levenden, maar verbood het beschikken ter zake des doods; toch verklaarden de meesten zulke erfinstellingen geldig, omdat daardoor niemand in zijne belangen benadeeld werd.

Dat de oude beperking, krachtens welke het gebruik maken van zoodanige erfstellingen alleen aan den adel vergund was, spoedig verdween, merkten wij reeds in het vorige hoofdstuk op.

In Duitschland rekende men het over het algemeen noodig dat hij die aldus instelde, de vereischten bezat om bij uitersten wil te kunnen beschikken, en om overeenkomsten te sluiten; en deze vulgaris opinio werd wet in het Pruiss. Landrecht [1]).

Ten aanzien van de personen die, door dergelijke overeenkomsten konden bevoordeeld worden, was in Frankrijk algemeen bepaald, dat het moesten zijn beide de aanstaande echtgenooten of een hunner of de kinderen die uit hun huwelijk zouden geboren worden, of de mededeelgenoot in eene algeheele gemeenschap van goederen (société d'association universelle).

Voorts moesten deze personen bevoegd zijn om uit een testament te verkrijgen; maar de vraag deed zich voor of, ook bij tweede huwelijk, de vader de kinderen, in zijn huwelijk te verwekken, kon instellen, zoo er kinderen uit het eerste

[1]) 1 Th. tit 12, § 618.

huwelijk in leven waren. Men zag daarin bezwaar uithoofde van een Edict van Francois II (1560); waarin, bij tweede huwelijk, verboden werd, aan de vrouw en tusschenkomende personen meer te geven dan het kleinste kindsgedeelte. Dit gaf aanleiding tot eene langdurigen strijd zonder beslissing. Uitgemaakt daarentegen bleef het, dat alleen de aanstaande echtgenooten of hunne kinderen, maar niet tegelijk met hen, anderen konden worden ingesteld [1]). Maar kon dan zoodanige niet geoorloofde beschikking niet als schenking ter zake des doods worden gehandhaafd? Neen, want als don. m. c. kent het Fransche recht alleen overeenkomsten en als legaat moest de handeliug den vorm hebben van een codicil.

In Duitschland zijn alle wettelijke bepalingen veel ruimer; daar kan ieder, wie ook, worden ingesteld, tenzij wettige redenen van onwaardigheid, of soortgelijke, hem het recht om te erven ontnomen hebben.

Wat is het gevolg van zoodanige erfstelling, vooreerst in Duitschland, ten opzichte van den erflater en ten opzichte van den ingestelde, vòór den dood van den erflater.

De instelling is onherroepelijk, maar de erflater behoudt de vrije beschikking over zijne goederen. Ziedaar de twee hoofdregels. Maar de toestand van den ingestelde is aan meer twijfel onderhevig. Heeft hij een tegenwoordig recht of een eventueeel recht? Ook hier geldt het tot capita tot sensus. Wij doen het best de verschillende perioden te onderscheiden. Toen men meende, dat uit de overeenkomst eenvoudig eene verbindtenis ontstond, kende men den erfgenaam een obligatoir recht toe, dat natuurlijk uit de overeenkomst ontsproot, maar eerst, met den dood in werking trad [2]).

---

[1]) Dat ook een bastaard op deze wijze kon worden ingesteld, wekte de verontwaardiging op van Carolus Molinaeus, die het verkeerd vond ut plus habeat luxuria quam castitas.

[2]) GAILL, *Pract. Obs.* Lib. II obs. 126. Bona in pacto deducta statim

Strijke, die reeds geen vrede meer had met die gewone verbindtenis, sprak van een jus reale hereditarium anomalum [1]). Justus Hennig v. Böhmer, die de geldigheid der erfstellingen door overeenkomst afleidde uit een gebruik der oude Germanen, waarschuwde tegen het aanwenden van Romeinsche rechtsregelen op Germaansche instituten. Van daar die schromelijke verwarring, die verkeerde verklaringen, die men gaf, door een vaderlandsch gebruik in een vreemd keurslijf te steken. Wat de Romeinen niet gekend hadden, dat was bij de oude Duitschers van ouds, volksgebruik geweest: overeenkomsten die erfrecht te weeg brachten. Daarbij laat hij het echter, en wat het eigenlijk voor een recht is, dat er uit voortkomt leeren wij van hem niet.

Eichhorn vond het tegenwoordige recht van den erfgenaam alleen gelegen in de nietherroepelijkheid door den erfleatr en later verklaarde Mittermaier, dat het slechts een eventueel recht was. Daarop kwam Hasse het eerst te voorschijn met de leer, dat het recht van den erfgenaam alleen bestaat in een nieuwen «Delationsgrund.»

Het bezwaar, dat men een tegenwoordig recht op eene nog toekomende zaak, de nalatenschap, hebben zou, neemt Dieck weg (p. 416) door er op te wijzen dat het recht uit een koop van eene spes of res sperata ook een tegenwoordig recht is; hij zegt, dat men niet moet spreken van een recht op de toekomstige nalatenschap, want die is niet het onderwerp

---

ex obligatione et ex causa donationis inter vivos debentur, sed exactio ob conditionem appositam ad tempus mortis defertur et suspenditur.

[1]) STRIJKE, *tract. de succ. ab. Inst.* Diss. IIX c. 5, § 24. Effectus hujus pacti talis est quod haec conventio jus reale hereditarium anomalum praesenti alteri in bonis alterius constituat, vi cujus jus succedendi recta sine traditione in eventum mortis transit. Quod jus reale et bona promittentis afficit, ita ut alienationem eorum impediat.

der overeenkomst, maar van het erfrecht of de erfstelling.

Kan de erfgenaam zijn recht overdragen, en gaat het, als hij sterft over op zijne kinderen? Die vraag kan alleen bij eenzijdige erfstellingen door overeenkomst, niet bij wederkeerige, voorkomen.

Sommigen, zooals Dieck bl. 418, antwoorden toestemmend, maar zij leiden ons instituut ten onrechte af uit de Vergabungen. Anderen gelooven, dat de overeenkomst niet een Delationsgrund, maar eene vervroegde delatio bewerkt. Eichhorn en Beseler ontkennen dit, omdat er nog niet is gedefereerd, en ook zij zien hier alleen een zuiveren Delationsgrund.

Maar wij sloegen nog eene vraag over: Welk recht van beschikking behoudt de erflater? kan hij alleen onder de levenden beschikken of ook ter zake des doods, en mag hij in het eerste geval alleen verkoopen of ook wegschenken?

De erflater behoudt het recht om, onder de levenden, om niet en onder bijzonderen titel te beschikken over zijne goederen. Want het recht van den erfgenaam is een recht op de nalatenschap; voorwerp der overeenkomst is de erfenis en dit is het nagelaten vermogen. Aan den erfgenaam blijft echter het recht om bedrog te bewijzen, wat hem, bijvoorbeeld, bij eene schenking van alle goederen gemakkelijk zal vallen.

Maar mag hij ook schenkingen ter zake des doods doen? Van legaten kan hier geene sprake zijn, (want die moeten in het testament gemaakt zijn), dan alleen voor zooverre zij in de erfstelling door overeenkomst opgenomen zijn; dan gelden zij natuurlijk. Maar zuivere donationes m. c.? Wij vinden bij de meeste schrijvers [1]) de bevoegdheid om te

---

[1]) HOMMEL, *Rhapsodia Quaestionum*, VI 708. EICHHORN, *Einleitung*, § 344, nota e. MITTERMAIER, § 403, nota 5.

schenken ter zake des doods aan den erflater ontnomen en hun gevoelen is overgenomen in verschillende wetgevingen [1]). Beseler bestreed het eerst die meening, en door de latere schrijvers werd zijn gevoelen omhelsd.

Wanneer nu de erflater sterft, heeft de erfgenaam bij overeenkomst het recht, — niet de verplichting — om te aanvaarden.

Welke rechten en verplichtingen er dan voor hem ontstaan gaan wij thans onderzoeken.

Het voorrecht van boedelbeschrijving wordt hem, door alle schrijvers toegekend, en het Pruissische Landrecht nam dit beginsel over [2]).

Maar, eens aanvaard hebbende, is hij ook ultra vires hereditatis gehouden. De erfgenaam heeft geen recht, zoo redeneeren de Duitschers, om de Falcidische of Trebellianische kwart af te houden; dit spreekt van zelf van hetgeen in de overeenkomst werd opgenomen; omtrent het overige is het bezwaar hierin gelegen, dat de lex Falcidia even als het Sctum Trebellianum verbeterende wetten (Correctiv gesetze) waren, die niet tot andere erfgenamen mogen worden uitgebreid dan de uitdrukkelijk genoemde, en daaronder behoort niet de erfgenaam door overeenkomst. De regel nemo pro parte testatus pro parte intestatus mori potest geldt in het geheel niet meer, en het Oostenrijksche Wetboek gaat dan ook zoover van te bepalen dat alle drie soorten van erfopvolging gepaard kunnen gaan [3]).

---

[1]) *Chursächsische Decision* van 1746, N[0]. 13. *Alg. Landrecht*, Theil I tit 12, § 627. *Oesterr. Gesetzb.* § 1254.

[2]) A. L. R. Th. I tit 12, § 641, 643—649.

[3]) *Oest. Gesetzb.* § 534. Die erwähnten drey Arten des Erbrechts können auch neben einander bestehen, so, dass einem Erben ein in Beziehung

Omtrent de vraag naar het jus accrescendi, bij meerdere door overeenkomst ingestelde erfgenamen, loopen de meeningen der juristen en de wetgevingen uit elkander. Terwijl de theoretici oordeelen dat, waar niet langer de regel: nemo pro parte gehuldigd wordt, ook dit recht niet meer kan stand houden, bepaalt daarentegen het Pruissische Wetboek dat, ook bij erfstelling door overeenkomst, het recht van aanwas plaats heeft [1]).

Maar wanneer nu de erflater zich een deel van het vermogen heeft voorbehouden en hij daarover niet beschikt heeft, wien valt het dan toe, den erfgenaam door overeenkomst of dien ab intestato? Ook hier is weder verschil tusschen wetgeving en rechtsgeleerden. De Oostenrijksche en Pruissische wetboeken kennen dit deel aan den erfgenaam ab intestato toe; het laatste, wanneer deze descendenten, adscendenten broeders of zusters of hunne kinderen zijn. De juristen daarentegen zijn van een ander gevoelen, met name Beseler, die hier van geen recht van aanwas wil weten maar alleen van het zuiver worden van een voorwaardelijk recht.

Het is in Duitschland eene uitgemaakte zaak, door de jurisprudentie algemeen aangenomen en door het Pruissische Landrecht [2]) uitdrukkelijk bepaald, dat een erfgenaam door overeenkomst dezen delatiegrond niet mag verwerpen om de erfenis ab intestato te aanvaarden, daar er dan kwade trouw verondersteld wordt.

Wij zagen, dat de verplichtingen van den erfgenaam door overeenkomst voornamelijk bestaan in het betalen der schulden, het voldoen der legaten en don. m. c., en de

---

auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem anderen aus dem Vertrage, und einem dritten aus dem Gesetze gebührt.

1) A. L. R. Theil I, tit. 12, § 645.

2) A. L. R. I tit. 12, § 642.

restitutie der erfenis bij een restitutief-Erbvertrag; zijne rechten in het in bezit nemen der nalatenschap, maar zonder recht van aanwas.

Zien wij thans met welke rechtsvorderingen hij zijn recht kan vorderen. Algemeen worden hem de gewone rechts-middelen toegekend, die elke erfgenaam heeft, de hereditatis petitio, die men conventionalis of pactitia noemen mag, als men ze maar geheel aan de gewone gelijk stelt, de Interdicta Quorum bonorum en Quod legatorum, eindelijk het judicium fam. herciscundae.

Of hem het Remedium ex l. ult. C. de Ed. D. Hadriani tollendo ook toekomt, is bestreden, aangezien daarbij een, wat den vorm betreft, geheel regelmatig testament een vereischte is.

Wenden wij thans den blik naar Frankrijk terug.

Ook hier splitsen wij de handeling weêr in twee tijdvakken, welke de dood van den erflater van elkander scheidt. In dat eerste gaan wij dan het het recht van beschikking van den erflater na en het recht dat de erfgenaam heeft; bepaaldelijk is het hier de vraag: gaat bij vooroverlijden van den erfgenaam zijn recht over op zijne erfgenamen?

Vervolgens zullen wij de rechten en verplichtingen van den erfgenaam beschouwen na de aanvaarding der erfenis.

Beschikkingen onder algemeenen titel werden door allen nietig verklaard. De erfstelling was onherroepelijk; daarover waren allen het eens. Geen nieuwe erfgenaam mocht worden benoemd, zoo de erfstelling eene algemeene geweest was, of voor dat gedeelte waarvoor de ander was ingesteld [1]).

Doch hoe stond het met de overige beschikkingen? Men moet hier onderscheiden tusschen de provinciën van het ge-

---

[1]) *Bourbonnais* 222.

schreven recht en die van het costumiere. In de eerste zag men in de erfstelling door overeenkomst slechts eene gift onder de levenden, eene schenking van alle tegenwoordige en toekomende goederen. In de laatste vond de meening algemeen ingang, dat, het eene schenking was ter zake des doods, eene gift van de nalatenschap. Nu spreekt het wel van zelf dat in beide gevallen, verdere schenkingen ter zake des doods, verboden waren; die alles had weggegeven had over niets meer te beschikken, en die over zijne nalatenschap had beschikt, kon niets meer ter zake des doods wegschenken.

Maar hoe was het met beschikkingen onder de levenden? Ook hier bleven beide partijen consequent. De mannen van het geschreven recht ontkenden den erflater ook hiertoe elke bevoegdheid, terwijl zij hem in het costumiere recht werd gegeven [1]).

Zoo vinden wij, in het landrecht van Auvergne [2]), eene scherpe grenslijn, in dit opzicht, getrokken tusschen de gevolgen eener erfstelling door overeenkomst en die van eene schenking van alle tegenwoordige en toekomende goederen; daarentegen zien wij het verbod aan den erflater om verder te vervreemden in vele andere coutumes uitgesproken [3]).

In sommige der landen van het geschreven recht, veroorloofde men zich toch uitzonderingen te maken op den algemeenen regel, en liet vervreemdingen toe om dochters te doteeren, of de legitime aan de andere kinderen uit te betalen, om den ingestelden erfgenaam van gevangenisstraf te bevrijden of hem van straf vrij te koopen, om hem en zijn

---

[1]) *Bourbonnais*, art. 220. *Auvergne*, XIV, 29. De noot van Molinaeus op de Coutume van Nivernais.

[2]) *Auvergne*, 129, 130.

[3]) Normandië, 244, Eu 82.

gezin te onderhouden en om de schulden te betalen, die hij vóór zijn huwelijk gemaakt had; eindelijk rekende men soms ook om andere redenen vervreemdingen geoorloofd, wanneer de erflater maar handelde als een goed huisvader.

Slaan wij thans den ingestelde gade. Was zijn recht een zoodanig dat hij het op zijne kinderen kon overdragen?

Hoe ook de beide scholen verschillen mochten, hetzij men in de Institution contractuelle eene schenking zag onder de levenden of ter zake des doods, hierin kwamen allen overeen dat, zoo de ingestelde erfgenaam stierf vóór den erflater, zijn recht werd overgedragen op zijne kinderen, maar ook niet verder. Dit wekt onze verwondering. Waar men als gevolg der overeenkomst eene verbindtenis aannam, moest deze op alle erfgenamen overgaan. Maar wat daarvan zijn moge, of het consequent is of niet, het was eene leer, die algemeen werd aangenomen, die zoowel door de Laurière, als door Le Brun werd gepredikt. Zij steunde niet op het beginsel van vertegenwoordiging; bij gelegenheid van het huwelijk is, zoo redeneerde men, een der echtgenooten of der kinderen, die uit dat huwelijk zouden geboren worden, begunstigd geworden; die voorliefde van den erflater wordt nu ondersteld op het kroost te zijn overgegaan, zoo niet het tegendeel uitdrukkelijk bepaald is.

Thans blijft ons niets anders over dan, op de rechten en de verplichtingen van den erfgenaam te wijzen, die hem, door den dood van den erflater toevielen en opgelegd werden.

Hij had alle rechten van een gewoon erfgenaam. Eens zich in den boedel gemengd hebbende, was hij voor alle schulden aansprakelijk, maar zoolang hij dit niet had gedaan, mocht hij van het voorrecht van boedelbeschrijving gebruik maken. Hieromtrent vinden wij echter in de coutumes nog eene bijzondere bepaling. Wanneer de erfgenaam door overeenkomst slechts benificiair wilde aanvaarden, verkreeg de

erfgenaam ab intestato alle zijne rechten terug, zoo hij zelf zuiver wilde aanvaarden [1]).

Bestond er ook recht van aanwas? Ook hierover was men eenstemmig. Erkennende dat de Rom. regel: nemo pro parte etc. in Frankrijk niet meer gold, kon de Laurière nu daarom ook geen recht van aanwas aannemen. Hij nam het dus alleen aan, als, in eene zelfde huwelijksovereenkomst twee broeders waren ingesteld, en de een nu, vóór den erflater, zonder kinderen overleed; die zelfde meening werd ook voorgestaan door Ricard, Furgole en Merlin.

Maar hoe ging het met dat gedeelte, waarover de erflater zich beschikking had voorbehouden, zoo hij daarover niets had verordend? Le Brun, getrouw aan de leer dat deze erfstellingen schenkingen onder de levenden waren, meende dat dit deel moest toevallen aan den erfgenaam ab intestato, daar de erfgenaam door overeenkomst alleen recht had, voor zoover hij was ingesteld. Hij vond eenen bestrijder in de Laurière [2]), die leerde dat dit deel moest toevallen aan den erfgenaam door overeenkomst. Het was hiermede toch hetzelfde gesteld als met andere beschikkingen. De erflater mocht verkoopen, weggeven zelfs, zoo er maar geen bedrog bij plaats had, en de ingestelde kon dit niet verhinderen. Deze had alleen recht op de nalatenschap, maar daaronder behoorden ook de goederen, waarover niet was beschikt.

Zoo iemand, die door overeenkomst was ingesteld, dezen grond van aankomst verwierp, om ab intestato op te treden, meende Le Brun, dat men bedrog onderstellen en hem de erfenis weigeren moest.

Dus, naar gelang men de erfstelling door overeenkomst beschouwde al of niet als eene schenking ter zake des doods,

---

[1]) *Bourbonnais* 223, *de la Marche* 249.

[2]) DE LAURIERE, *Inst. Contr.* Ch. IV, 168—185.

kende men den erflater ook al of niet een recht van beschikking toe gedurende zijn leven. Men achtte de erfsstelling vervallen, zoo de ingestelde stierf vóór den erflater, zonder kinderen na te laten. Was dit laatste wel het geval, dan beschouwde men de kinderen als erfgenamen; niet uit het beginsel van plaatsvervulling, die in vele landrechten was verboden, maar krachtens den wil van den insteller, van wien men onderstelde dat hij zulks bedoeld had.

Eindelijk, als een waar erfgenaam beschouwd, werd den ingestelden ook het recht toegekend van boedelbeschrijving, en alleen daarover was men het oneens, of, zonder deze, de erfgenaam gehouden was ultra vires hereditatis.

Over deze en vele andere quaestien bestond echter groot verschil van gevoelen. Men moet instemmen met de Laurière: On peut dire que cette matière (les Inst. contr.) auroit peu d'étenduë et qu'elle feroit peu de peine, si elle n'avait pas été embrouillée par de mauvaises questions et par des décisions encore plus mauvaises [1]).

In welke gevallen werd de erfstelling opgeheven? Wij gaan het weder eerst in Duitschland, dan in Frankrijk na. Dat, met de gezamenlijke toestemming van hen, die overeenkwamen en van degenen die daardoor waren bevoordeeld, eene erfstelling door overeenkomst kon worden opgeheven, spreekt van zelve. Maar er doen zich andere gevallen voor, waarbij het twijfelachtig is of daardoor de erfstelling wordt opgeheven. Wij willen die achtereenvolgens nagaan.

Vooreerst, wat werkte verwaarloozing van het nood-erfrecht? Het, hac de re viri docti disputant, gold ook hier. Terwijl velen den beroemden commentator van het Freijburgsche stadsrecht volgden en leerden dat het voldoende was, zoo slechts de erfstelling verminderd werd met dat gedeelte,

---

[1]) DE LAURIERE, ll. préface, p. I.

waarover te veel beschikt was, verklaarden anderen daardoor de geheele erfstelling vernietigd.

De eersten, die van de donatio inofficiosa uitgingen, zagen in de Romeinsche verordeningen slechts bijzondere bepalingen voor het testament, die men op een ander instituut niet mocht overdragen. De anderen beweerden dat, bij beide erfstellingen, door overeenkomst en door uiterste wilsbeschikking, sprake was van een uitsluiten der wettelijke erfopvolging door eene willekeurige, en dat het er niets toe deed of dit geschied was door eenzijdige wilsverklaring of door overeenkomst.

Terwijl in het Pruissische Landrecht slechts is bepaald, dat de wettelijke erfgenamen, door contractuele erfstellingen niet mogen worden benadeeld, bepaalt het Oostenrijksche wetboek dat, dezen hunne rechten, even als bij eene uiterste wilsbeschikking blijven voorbehouden [1]).

Ten tweede, vervalt de erfstelling, wanneer de erflater, na de overeenkomst, kinderen krijgt?

Men heeft die vraag vroeger bijna altijd toestemmend beantwoord, toen men in de erfstelling door overeenkomst slechts eene schenking zag; immers deze werd in het Romeinsche Recht altijd herroepen ob supervenientiam liberorum.

Toen die beschouwing voor eene betere plaats maakte, kon men dus ook aan latere geboorte van kinderen die opheffing niet meer toeschrijven, en leerde men dat de erfstelling daardoor niet werd aangetast.

Maar kan men haar wegens ondank van den ingestelden herroepen? Met een beroep op het gevoel van elk edel mensch, betoogde men dat dit het geval was; maar daarmede komt men in rechten niet ver, en thans nog zijn de rechtsgeleerden

---

[1]) *Oest. Gesetzb.*, § 1254.

verdeeld, en antwoorden verschillend, al naar mate zij meer aan het strenge recht of aan de billijkheid toegeven.

Eindelijk is het de vraag: of de dood van den ingestelden vóór den erflater, de erfstelling vernietigt, dan wel of het recht overgaat op zijne erfgenamen, doch deze hebben wij hierboven reeds besproken.

En nu, wat Frankrijk aangaat. Wegens latere geboorte van kinderen verklaarden de coutumes van Bourbonnais en Auvergne de erfstelling vervallen, maar de jurisprudentie in het overige Frankrijk nam dit alleen aan, wanneer een vreemdeling had ingesteld, en niet de ouders hunne kinderen. In dit laatste geval, meende men, dat die latere kinderen niets afdeden, want de ouders konden toch weten dat hunne geboorte mogelijk was. Deze leer was billijk, al leerde Molinaeus het eerst inzien toen het hem zelf te pas kwam. Deze, die zich Jurisconsultus Franciae en Germaniae noemde, had vroeger de stelling verdedigd, dat in geen geval wegens nageboren kinderen, de erfstelling herroepen werd. Hij had zijn neef bij overeenkomst tot zijnen erfgenaam ingesteld, op een tijd toen hij niet dacht zich in den echt te begeven, maar, wat daarvan ook de oorzaak moge geweest zijn, Molinaeus veranderde later van levensplan en koos zich eene gezellin. Toen hem nu kinderen geboren werden, was hij de eerste om te beweren dat daardoor de vorige erfstelling hare kracht had verloren, dat men den kinderen niet mocht onthouden, wat hun rechtmatig toe kwam en wat er verder over dit betwistte punt viel te zeggen.

Maar hoe was het met de ondankbaarheid gesteld? Mocht deze tot herroeping leiden? Sommigen hebben het beweerd, anderen ontkend. De eersten wezen op de schenking, want schenking was immers in hun oog ook de contractueele erfstelling. De anderen toonden aan, dat door die erfstellingen niet de ingestelden alleen, maar ook hunne kinderen,

bevoorrecht werd, en mocht men, om het vergrijp der ouders, onschuldigen schaden?

Vooral, op dit laatste wijzende, koos de Laurière een middenweg; — door ondankbaarheid werd niet de erfstelling opgeheven, maar werden alleen de ingestelden, ten voordeele hunner kinderen, van het genot daarvan verstoken.

Het was eene wijze en liefderijke leer, maar zij was inconsequent, zoolang men in de erfstelling door overeenkomst slechts eene schenking zag.

Dat eindelijk de erfstelling werd opgeheven, zoo de voorwaarden vervuld werden, waaraan de overeenkomst die opheffing verbonden had, spreekt van zelf.

ZEVENDE HOOFDSTUK.

Erfstellingen door overeenkomst in de republiek der Vereenigde Nederlanden.

Erfstellingen door overeenkomst waren in Nederland vóór de 16e eeuw ten eenenmale onbekend. Het Leenstelsel had hier geene wortelen geschoten; indien dit instituut al later hier in zwang kwam dan is het alleen uit Frankrijk en Duitschland tot ons gekomen.

Wanneer diergelijke erfstellingen hier in gebruik kwamen, en welke ontwikkeling hier aan dit leerstuk te beurt viel, willen wij thans vlugtig schetsen. Wij zullen daartoe de verschillende landstreken, waaruit ons vaderland bestond, afzonderlijk nagaan. Als de bronnen waaruit wij putten kunnen, wijzen wij vooreerst op de Land- en Stadsrechten; de geredigeerde Handvesten, Keuren en Privilegièn, die in den loop der 16e eeuw zich sterk vermenigvuldigden. Vervolgens op de geschriften van theoretici, van Romanisten van naam, wier werken, door geheel Europa verspreid, grooten invloed uitoefenden, en de voornaamste oorzaak waren van den roem der Nederlandsche Universiteiten in de 17e eeuw; eindelijk op de adviesen en consultatiën, waarin de practici, bij voorko-

mende gevallen, hunne stellingen ontwikkelden, en waaronder vele voor ons onderwerp van belang zijn.

Het eerst wenden wij ons tot Holland, Zeeland en West-Friesland. Hier vinden wij van ouds tweeërlei versterfrecht, ab intestato en bij uitersten wil [1]). Dit eerste was ook weer in tweeën gesplitst, namelijk in het zoogenaamde Aesdoms- en Schependomsrecht [2].) De Staten van Holland deze verschillende wijzen van successie in een en hetzelfde land afkeurende, verordenden echter in 1580 een nieuw Schependomsrecht, dat algemeen geldig zou zijn, maar de streken van het Aesdomsrecht protesteerden, en vandaar de ordonnantie van 1599, die voor haar een nieuw Aesdomsrecht invoerde. — Van eene derde wijze van beërving, van eene conventioneele namelijk, vinden wij in de Handvesten en Privilegiën der groote steden van Holland, die in deze eeuw geredigeerd werden, geen woord. Indien wij uit de Landrechten iets betreffende ons onderwerp putten willen, zijn wij genoodzaakt een grooten stap voorwaarts te doen, en toch zal de oogst schraal zijn. Het is alleen de politieke Ordonnantie van 1580, op het nieuwe Schependomsrecht, waarin als ter loops melding gemaakt wordt van eene erfopvolging door overeenkomst; de laatste regels toch van art. 29 luiden als volgt: Ende sal 't geene nopende de successien en de collatien gedisponeert was, plaatse hebben. Zoo wanneer bij testamenten, huwelijks voorwaarden, bewijzen ter weeskamer, gedaan [3]), ofte bij

---

[1]) DE GROOT *Inl.* II 14 § 2: Doch in Holland is zoolang als men ghedachtenisse vind 't gebruick geweest, van de goederen te laten bij uiterste wille.

[2]) V. D. VORM, *Verh. v. h. Holl. Zeel. en West-Friesl. Versterfrecht.*

[3]) Wat dit is, leeren wij uit de weeskeuren van Rijnland, alwaar wij in art. 46 lezen, dat zoo minderjarigen, die vader en moeder of een van

andere dispositien, ofte contracten niet en is anders voorszien.

Behalve deze bepaling, vinden wij nog slechts in de Costuymen v. Rijnland de bepaling: «In huyw. voorwaarden mag men ook bij uyterste wille disponeren, ende deselve hebben kragt van testament, als andre uyterste wille hebben» [1]; waarbij Simon van Leeuwen [2]) aanteekent, dat de verbindende kracht dezer dispositiën grooter was dan die der testamenten, daar deze elk oogenblik herroepelijk zijn, ook al is daarin het tegenovergestelde bepaald, terwijl bij deze erfstellingen in huwelijks voorwaarden mutuele consensus daartoe noodig is. Ook nog in het volgende art. vinden wij iets betrekkelijk ons onderwerp:» Soo mag men ook bij huywelijks voorwaarden aangaande de besterfenis van der kinderen goederen, verkiesing van het Landregt, ofte andersints over der kinderen nalatenschap bevel doen.» —Indien wij ons het tweeërlei versterfrecht herinneren, dat in Holland gebruikelijk was, waarvan het eene den regel huldigde, het naaste bloed erft het goed [3]), het andere: het goed moet gaan daarvan het gekomen is [4]) zal ons deze bepaling, waarop wij later terug komen, duidelijk worden; alleen de laatste woorden eischen nog eenige nadere verklaring. De pupillaire substitutie van het Romeinsche recht was bij ons alleen geldig in fideicommissen: en het kind werd dus door zijne verwanten ab intestato beërfd. Maar

---

beiden nog in leven hebben, bij testament erfgenaam gemaakt zijn, terwijl hunne ouders zijn voorbijgegaan, of alleen de lijftocht hebben gekregen, zoo sulle de executeurs der testamenten of anders de ouders der minderjarigen de testamenten ter secretarie v. Rijnland brengen om aldaar te boek gesteld te worden.

[1]) Art. 92.

[2]) *Costuymen, keuren en de ordonnantien van Rijnland,* beschreven door Mr. SIMON VAN LEEUWEN. 1667. p. 358.

[3]) Aesdomsrecht.

[4]) Schependomsrecht.

ook hier weder was eene exceptie toegelaten in favorem matrimonii. Bij huwelijksche voorwaarden mocht de vader beschikken over de nalatenschap zijner kinderen, zoo deze ab intestato stierven. Of dit nu eene erfstelling door overeenkomst was, of een eenvoudig testament, opgenomen in huwelijks voorwaarden zullen wij later zien. — Voor wij echter deze erfstellingen verder nagaan, een enkel woord vooraf over een instituut, dat algemeen in gebruik was. Wij bedoelen de mutueele testamenten. Zonder hier de vraag te beantwoorden welke de juridieke natuur was van dit instituut, willen wij alleen constateeren, dat testamenten, gezamenlijk door beide de echtgenooten gemaakt, en waarin zij elkander reciproce institueerden, algemeen in zwang waren; dat echter de jurisprudentie ze aanmerkte niet als contract over de erfenis, maar als twee uiterste willen, in één schrift vervat, en die een ieder zijnerzijds vrijelijk mocht herroepen.

Wat nu de erfstellingen betreft door overeenkomst, zoo vinden wij hier eene treffende overeenkomst met het Fransche recht. Ook hier waren zij alleen geoorloofd in huwelijksvoorwaarden. Het is niet alleen de Romanist Voet [1]) die ons dit leert, en die allerlei voorbeelden aanhaalt om zijn gevoelen te staven, zoo als van een overeenkomst, tusschen twee jongere broeders gemaakt voor het geval dat de oudste, zonder mannelijk oir natelaten overleed, als

---

[1]) *Ad Pandectas* I p. 176. Et quamvis nunc hactenus ab illa juris Romani dispositione ubique recessum videatur, quod pactis dotalibus de futura successione conjugum inter se, ut et conjugum in bona tertii, vel tertii in bona conjugum, jure tractetur; tamen extra pacta dotalia, et ea quae hereditatis divinionibus ex usu Hollandiae adjiciuntur, etiamnum reprobatae manent apud nos convenienter juri Romano superius proposito conceptae de tertii certi vel ipsorum paciscentium hereditate conventiones; ita saltem, ut effectum haud sortiantur.

wanneer de oudste der contractanten het leengoed zoude krijgen, de andere duizend goudstukken, als de halve waarde van dat feudum, welk contract voor ongeldig werd verklaard, en de oudste contractant niet verbonden om de 1000 goudstukken uittebetalen; het is de geheele Hollandsche jurisprudentie dier dagen die zulke pacta als odieus verwierp. Zoo vinden wij (één uit velen) het geval vermeld van zekeren Floris Corneliszoon, die, terwijl hij aan het werk was in het St. Cecilia-gasthuis te Leiden zijn been brak, en daardoor ongeschikt werd om verder in zijn levensonderhoud te voorzien, waarop hij een contract sloot, dat hij en zijne vrouw levenslang in dat gasthuis zouden worden verpleegd, hetwelk daarvoor dan zijn erfgenaam zijn zou. Hij stierf, en aan zijnen vader, die zijne nalatenschap opeischte, werd ze toegewezen, want het contract was «in zijnzelven van nul en van onwaarden»[1]).

Een andermaal, als er contract gesloten was, 15 Jan. 1580, over de erfenis van een derden, van zekeren Floriszoon Alckemade, werd niet alleen het contract ongeldig verklaard maar wilde men ook op de contractanten de straf zien toegepast van onwaardigheid, en werd hun de raad gegeven, «of tijdig te poeniteeren, of den bewusten Florisz. te versoecken, dat hy by acte notariaal verklare, dat hoewel, mits zijne uitlandigheid, en om dat hij zorgt, dat ter causa van de binnelandsche oorlog, de een of de ander van zyn broeders en zusters, of van heurlieder kinderen, iet zoude mogen overkomen waardoor, hetzij van d'een of d'ander zyde, op derzelver goederen zouden mogen gepretendeert werden confiscatie, en dat hy mitsdien, als geen kinderen hebbende, dengenen, denwelken zulcks gebeuren mogte, ook bij testamente zoude moeten sluiten uit zyne goederen, omme

---

[1]) *Holl. Cons.* IV 30 cons., 's Gravenhage 12 Sept. 1623; K. Bosch.

die in 't geheel te bewaren, buiten de voorsegde confiscatie, goedgevonden en geconsenteert heeft, dat by zyn voorn. broeders en zusters, gemaakt is de voorszegde conventie, dan dat hij nu weder anders beraden wezende, en begerende te gebruicken de vrijheid, een ygelijk competerende, om te mogen veranderen van sinnen en wille, nopende de successie zijner goederen, in 't geheel, of ten deel. Dat hy de voorsz. overkomste, mitsgaders zijn voorn. gedragen consent, revoceerde, van meeninge zijnde, zijn goederen te laten, of anders daarvan te disponeren, zoo hy te rade vinden zal". [1])

En het oordeel van Abrahamus de Pape, door van Hasselt [2]) ons medegedeeld, was slechts als de stem eens roependen in de woestijn, toen hy leerde, dat erfstellingen door overeenkomst ook buiten huwelijksche voorwaarden recht van bestaan hadden. [3])

---

[1]) *Holl. Cons.* II 188 cons. R. van Amsterdam.

[2]) Et quamvis Icti negent regulariter pacta de hereditate viventium de sibi invicem succedendo esse valida; nihil ominus ea admittunt in pactis dotalibus inter conjuges, id que favore matrimonii. Enim vero si rite perpendamus, eadam militat ratio in pactis simplicibus de succedendo. Cui consequens est pacta dotalia de sibi invicem succedendo inter conjuges non esse firma ac valida vi legis, sed consuetudinis.

V. HASSELT *aanteekening op de Holl. advijzen* I. p. 61.

[3]) De VAN DEN ENDE'S, in een advies (*Vervolg op de Holl. Cons.* II. 42) te Amsterdam ingeleverd 13 Junij 1708, beweerden dan ook: „En dat ook de ondergeschreevene ter goeder trouwe niet weet, dat pacta successoria hier te lande zoude zijn geintroduceert of aangenoomen, verder of anders, als alleen in huwelijksche voorwaarden ten faveure van aantegaane huwelijken". De quaestie betrof wat de Duitschers een pactum successorium speciale noemen, en waarover BESELER tegen BLUNTSCHLI (RUGE UND ECHTERMEIJER *Hallische Jahrbücher* 1838 n°. 165) en HASSE (*Rh. museum* 11) die het recht van bestaan van het Vermächtnissvertrag voorstonden, te velde trok.

Een geval echter zou ons doen twijfelen. Een vader had zijn zoon onterfd. De erfgenamen echter namen hun broeder als mede-erfgenaam

Niet alleen acquisitieve erfstellingen door overeenkomst vinden wij buiten huwelijksvoorwaarden ongeldig verklaard, ook negatieve. Wij hoorden reeds de getuigenis van Voet, en menige consultatie is er die dit zelfde beginsel huldigt; wij herinneren slechts aan het geval van Geurtje Pieters, die bij het aangaan van haar tweede huwelijk, afstand deed van het erfrecht dat zij zoude kunnen hebben op de nalatenschap harer voorkinderen, welke afstand ongeldig werd verklaard [1]).

Maar het wordt tijd dat wij ons wenden tot de erfstellingen in huwelijks voorwaarden zelve. Men kan ze in vele verschillende soorten splitsen, al naarmate zij gesloten zijn tusschen de aanstaande echtgenooten en betrekking hebben op hun onderling erfrecht, als bijv. dat de langstlevende alles verkrijgt; of het erven betreffen door een derde van de goederen der echtgenooten, of wel het erfrecht regelen der kinderen, uit het huwelijk te verwekken, zoo deze ab intestato sterven. De vraag deed zich dan voor, of hier een fideicomm. was gevestigd op de goederen der kinderen; de verkiezing van Landrecht kan dan ook hieronder gebracht worden, of eindelijk behandelen zij het meest gewone geval dat ouders, verdere verwanten of vrienden, ten einde de kosten van het huwelijksleven ook bij het geboren worden van vele kinderen

---

aan, op voorwaarde dat er inventaris gemaakt zou worden, en dat, zoo hij geene kinderen had zijne erfenis zal vallen aan de andere contractanten, en deze afspraak bevestigde hij onder eede. Toen later de geldigheid van dit contract voor het hof van Holland ter sprake kwam, en voornamelijk de vraag, of de vader kon testeeren werd hem de bevoegdheid daartoe ontzegd, 24 Febr. 1587. Hier was echter geen sprake van de vaderlijke goederen, dus niet van eene erfenis, maar alleen van eene bepaalde soort van goederen.

[1]) *Holl. Cons.* IV 131 cons.; Hoorn 19 Junij 1610. P. Boulisz.

mogelijk te maken, hunne erfenis beloven aan de aanstaande echtgenooten en daarover in de huwelijks voorwaarden contracteeren.

Bij de onderlinge erfstelling der echtgenooten in huwelijks voorwaarden, werpt Wesenbeck de vraag op, of daartoe noodig zijn dezelfde solemniteiten die vereischt worden voor het maken van een uitersten wil, en zijn antwoord is bevestigend, even als dat van Simon van Leeuwen: een natuurlijk gevolg van de meening dat dit een eenvoudig testament was opgenomen in huwelijks voorwaarden.

De tweede categorie bevat de erfstellingen in huwelijks voorwaarden door echtgenooten die niet elkander maar anderen instellen, bijvoorbeeld, bij gebreke van kinderen, dat de goederen gaan sullen vandaar sij gekomen zijn. De clausule bevatte niets anders, meende men, dan eene verklaring, dat de erfgenamen ab intestato zouden gerechtigd zijn, en in Holland, waar tweeërlei intestaat erfrecht was, beteekende het de verkiezing van Schependomsrecht. Zulk een contract echter was alleen van kracht in het eerste geval van de successie, namelijk tusschen de contractanten zelven en niet voor de successie der kinderen [1]). Op dat geval komen wij later terug. Indien vreemden werden ingesteld, was echter de legitime aan de kinderen verplichtend. Het was vooral deze soort van erfstellingen, die aanleiding gaf tot den strijd of deze testamenten herroepelijk waren: eene quaestie die wij zoo straks zullen behandelen.

---

[1]) *Holl. Cons.* I, 64, tweede derde deel 3, deze vreemde titel was het gevolg van een uitgevers-rivaliteit. Johannes Naeranus gaf in 1644 het eerste deel uit zijner verzameling van cons. en adv. Een tweede deel volgde spoedig, maar het derde liet zich wachten, en terwijl dit onder de pers was, verscheen te Amsterdam een derde deel bij Colom, die verschillende advijsen van Corvinus had weten machtig te worden; vandaar dat Naeranus later zijn derde deel een tweede noemde.

Daar onder valt dan ook de bepaling, waarbij het erfrecht der kinderen geregeld was. Waar, zooals dikwijls het geval was, overeengekomen was, dat de kinderen, de een van den ander zouden erven en van het laatste kind de langstlevende echtgenoot of, met uitsluiting van dezen dat de goederen zouden terugkeeren vanwaar zij gekomen waren, daar was wat men noemde eene verkiezing van Landrecht [1]), of omgekeerd dat bij huwelijks voorwaarden aan kindskinderen gereserveerd kon worden het recht van successie in plaatse van vader en moeder. Men kwam daartoe zegt Neostadius [2]), «ut generali consuetudini, qua maritis longe liberrimum arbitrium in bonis uxorem tribuit, in eo obviam eatur. Ne exuberans illa libertas, vim suam etiam post uxorum mortem, magno cum liberorum malo, se exerere posset», want de meeste echtgenooten verkozen in plaatsen te wonen die door Aesdomsrecht beheerscht waren, of daar ten minste zich landerijen te koopen, de goederen hunner echtgenooten die op Schependomsgebied lagen te verkoopen en anderen daarvoor in de plaats te nemen onder het andere rechtsgebied. Om dit te keer te gaan, om die insatiabilis maritorum cupido te breidelen werd hierover gestipuleerd in huwelijks voorwaarden.

Een consult van Hugo de Groot [3]) leert ons eveneens dat „de cos-

---

[1]) De Groot II 29 § 3: Van ouds is verstaen en ghepleegt dat de echtgenooten bij huwelicksche voorwaerden mogen kiezen Aesdomsrecht ofte Schependomsrecht, in het geheel ofte ten deele, aangaende 't versterf van haerder kinderen goederen: welcke verkiezing plaets greep, indien de kinderen storven, eer sij uiterste wille konden maecken, ofte ook indien dezelve kinderen daarnae gheen uiterste wille ghemaeckt hebbende zonder echte geboorte quamen te sterven. *Holl. cons.* I 128 het verdrag was van 1568.

[2]) NEOSTADIUS *de pactis ante nupt.* p. 8.

[3]) Omtrent huw. voorw. gemaakt 15 April 1579. *Holl. cons.* tweede derde deel 307.

tuyme van Holland medebrengt, dat de ouders bij huwelijcksche voorwaerden mogen disponeren, niet alleen van hare successie; maar oock van de successie van hare kinderen, ende dat de kinderen, daer niet tegens disponerende bij testamente, verstaen werden bij de dispositie van hare ouders te persisteren, dat zoo dit had plaats gehad door verkiezing van Landrecht het beschouwd werd niet als dispositio hominis maar als dispositio legis, zoodat de goederen, die de kinderen uit zoodanig een huwelijk geboren, komen natelaten zonder eenige detractie van legitime of trebell. portie gaan aan de zijde die bij huwelijcksche voorwaarden worden aangewezen".

Wat de vierde soort betreft, zoo vinden wij een merkwaardig advies van Joan de Witte dd. 10 May 1644 [1]) waarin het volgende geval behandeld wordt. In huwelijks voorwaarden, gemaakt door den bruidegom geadsisteerd bij zijn vader met de bruid geadsisteerd bij hare moeder, was de clausule opgenomen, dat, zoo de bruidegom stierf vóór zijn vader, of de bruid vóór hare moeder, de langstlevende der aanstaande conthoralen, mits blijkende geboorte bij den anderen geprocreert natelaten, in plaatse van douarije zou genieten uit de nalatenschap van den schoonvader of de schoonmoeder eene filiale portie gelijk als de overledene zoude gehad hebben; deze overeenkomst nu verklaart hij «naar rechten nul en van onwaarden, vermits daarbij geconditioneert en bedongen is in effecte de quota viventis hereditatis.» Geene betere reden geeft van Strijen er voor aan, «dat de kinderen uit het voorzegde houwelijk verwekt, in 't geheel gepriveert zouden werden van grootmoeders successie, bijaldien 't voorsegde beding naargekomen en achtervolgt wierde, consequentelijk vreemde erfgenamen, en niet die van den bloede zouden succedeeren» [2]). De Jonge [3]) echter be-

[1]) *Holl. Cons.* IV. 25.
[2]) II. 26. — [3]) II. 27.

roept zich alleen maar op de lex 15 C. de pactis om hare ongeldigheid aantetoonen. Nog meer in Romeinschen geest, als het mogelijk is, is de consultatie in 't selve cas van J. Buis. Hij zegt dat soodanige huwelijks voorwaarden in sich zelf en in natura, 't eenemael nietigh en krachteloos zijn, ja zelfs soo zeer quod ne jurata quidem subsistant. Dan volgt een beroep op Gail c. s. Zij kunnen niet subsisteeren, zegt hij voorts, omdat in dezelvige hereditas directe ab intestato nagelaten is, hetwelk ten eenemale is onmogelijk, ja zelfs tegen de natuur strijdende, want hier kon niemand anders ab intestato erfgenaam zijn, dan alleen de kinderen. Dat men nu de pacto dotali wil maken, dat een vreemdeling in plaats van een kind ab intestato sal succedeeren, daardoor werd ipsum jus sanguinis geinterverteerd, nademaal onmogelijk is, dat yemand ab intestato anders kan succedeeren als alleen de kinderen of 't proximi cognati». Er wordt hier gewezen op de 19 Nov. van Leo, op de Lex hereditas etc. zoodat zelfs de President Lizet het niet beter zou kunnen doen.

Het schijnt echter dat verdere studie Joan de Witte van zijne dwaling overtuigd heeft. Immers in een Cons. de dato 23 Febr. 1647 [1]) zien wij hem van gevoelen geheel veranderd. Hij begint met te verwijzen naar art. 29 der Pol. ordonn. van 1580, en zegt dan dat „daartegens niet kan doen, de voorsz. texten in contrarium ex jure Rom. geallegeert, dewijle tegens dezelve (zijnde maar juris civilis) wel contrarie costuime mag bestaan, gelijk men ook bevind, quod contra jus civile Romanum, anders geobserveert werd tot validiteit van zoodanige beloften, by naast in alle plaatsen der christenheid: zulks als verscheidene van Hispagniën attesteren, en van Vrankrijk, van Duitsland, van Bourgondiën, van vele pro-

[1]) *Holl. Cons.* VI: 20.

vinciën der Nederlanden (Fredericus a Sande, Paulus Christinaeus en Zipaeus) gelijk ook als men wel inziet de leges juris Romani, zal men bevinden dezelve meer in subtilitate, als in eenige bestandige reden gefundeert te zijn, namentlijk dat pactum de futura successione zoude zijn contra bonos mores, als wechnemende liberam testandi facultatem, et introducens votum captandae mortis: alzoo men in eenige plaatsen niet vermag voor eenig deel van zijn allodiale goederen bij uiterste wille te disponeren, als by exempel in Gelderland: en in eenige alleen voor een derde part, als bij exempel in Vlaanderen, Britaniën, en vele andere quartieren van Vrankrijk, alle welke costuimen niet zouden mogen bestaan, die nochtans als bestandig geobserveert werden, indien de voorsz. leges juris Romani en de geallegeerde reden vast gingen. Daar beneffens, zoo wanneer de voorsz. reden vastging, zoo zoude dezelve dan ook moeten wechnemen alle de kracht ende natuure der leenen fideicommissen en erfpachten, dewelke men van dengenen die noch leeft, voorzeker is verwachtende. En daarom zeid Covarruvius zeer wel, non esse bonis moribus contrarium, quod ex consensu proprio tollatur libera testandi facultas. En byzonder moet de voorszegde pretense reden cesseren onder de christenen en zoodanige volkeren, daar de boosheid en exempelen van te benemen het leven van degenen, van dewelke men goed is verwachtende, zelden gebeuren: gelijk ook, mits zeggende, dat zoodanige pacta bijzonder in houwelijksche voorwaarden niet mogen bestaan; 't zelve zoo veel te zeggen is, dat het recht is toestaande, dat men in zoodanig cas liegen, en zijn evennaasten bedriegen mag, zulks nochtans strijdende is contra ipsam definitionem juris; scilicet, quod sit ars aequi et boni".

De beloften van ouders in huwelijks voorwaarden gedaan, vinden wij dikwijls geldig verklaard als pacta de conservanda hereditate, en daarbij dan natuurlijk de autoriteit van Baldus ingeroe-

pen. Aldus vinden wij dan ook in huwelijks voorwaarden verbindende verklaard de belofte van den vader des bruidegoms dat zijn zoon na zijn dood in een Leen zoude succedeeren, dat de vader possideerde: „want hoewel pacto haereditas dari non possit, soo heeft nochtans de lex haereditas geen plaatse, ubi agitur de conservanda hereditate, [1]) evenzoomin de belofte door de ouders van de bruid dat zoo zij andere kinderen uithuwelijken en meerder quamen te geven alsdan dat der dochter zouden begroeten" [2]).

Zulke erfstellingen in huwelijks voorwaarden zagen wij zoowel in Duitschland als Frankrijk onherroepelijk verklaard. Laat ons thans zien hoe het daarmede gelegen was in Holland.

Zoo wij ons herinneren, dat in Duitschland langen tijd sprake was van pacta dotalia mixta, en Böhmer de eerste was die de rechtsgeldigheid daarvan ontkende, en alleen de simplicia aannam als ware erfstelling door overeenkomst, dan zal het ons minder verwonderen zoo wij ook hier iets dergelijks vinden. — Een testament in huwelijks voorwaarden ziedaar de meening van Sichard, die spoedig navolging vond, ook in ons vaderland. In de noten op eenige vonnissen over huwelijks voorwaarden uit het laatst der 16e eeuw, teekent Neostadius aan: sunt enim ultimae voluntates quae pactis dotalibus scribuntur aeque ambulatoriae atque eae quae in testamentis fiunt; en hem volgt een rechtsgeleerde van oneindig grooter aanzien, niemand anders dan Hugo de Groot, dien wij in een consultatie, te Rotterdam gegeven dd. 16 April 1616, hooren verklaren [3]): Dunckt onder correctie vooreerst wat aangaat de voorzegde huwelijks voorwaarden medebrengende onder anderen dat de goederen van de voorsegde Agatha bij

---

[1]) *Holl. Cons.* I 83. 's Hage 4 Dec. 1607 v. Stryen.

[2]) *Holl. Cons.* I 250. 's Hage 14 Jan. 1611 C. de Cocq.

[3]) *Holl. Cons.* III 185.

haar overlijden voor haren man, souden gaan op haer erfgenamen, ende gedeelt werden na de costuymen, hantvesten en voorbooden van Zierickzee, dat deselve niet en hebben konnen beletten, dat de voorzegde Agatha niet van hare goederen en soude hebben mogen disponeren, ten profijte van haer man: overmits na de notoire costuymen van Hollandt en Westfriesland soodanige dispositie van houwelijcksche voorwaarden alleen plaetse heeft, ende effect sorteert ab intestato: ende oversulcx bij testamente niet alleen expresselijck (als in desen is geschiet) maar oock tacite konnen werden gecasseert ende geannuleert. Omnis enim voluntas de successione, qualiscunque tandem sit, ambulatoria esse debet usque ad vitae supremum exitum." — Wij zien het, zelfs geen schijn of schaduw meer van erfstelling door overeenkomst blijft over. Het is een gewoon testament geworden. Is het vreemd, dat de zoon trad in de voetstappen van den vader, en dat wij, een veertig jaar later, ook hem hooren verklaren „dat na rechten soodanige conditiën, stipulatiën ofte voorwaarden niet en konnen bestaan, als contineerende pacta de hereditate viventium, en belettende liberam testandi facultatem, cujusmodi pacta de jure subsistere non possunt; hoewel soodanige conditiën en stipulatiën in pactis antenuptialibus favore matrimonii werden getolereert, dat deselve nochtans niet irrevocabel en zijn, maar alleenlijk designeren ordinem succedendi ab intestato, en verder nochte anders geen effect en hebben, als si conjuges eorumve liberi absque ulla testamenti factione in ea voluntate ad mortem usque perseverent." [1])

Maar niet allen stemden daarmede in. Wel was de verkiezing van Landrecht slechts eene bepaling voor het geval

---

[1]) *Holl. Cons.* V. 225; 's Hage, 18 Nov. 1653, in casu de h. v. van Willem van Oranje met Anna v. Egmond, gepasseerd 6 Julij 1551.

dat men ab intestato stierf en was daarvan dus geene opheffing van het jus testandi het gevolg [1]) maar spoedig won toch de meening veld dat het wel degelijk een contract, geen uiterste wil was en dat dus slechts mutueele consensus voldoende was, om de huwelijks voorwaarden te veranderen; «dat C de voorsegde huwelijks voorwaarden niet en kan breken, anders als met consent van de voorsegde sijne huisvrouwe, per regulam, quod contractus ab initio sint voluntatis et postea necessitatis" [2]); en eveneens hooren wij van Kinschot [3]) adviseren: «Hoewel het primo intuitu schijnen zou alsof de gesegde woorden zoude hebben vim ultimae voluntatis en ten dien inzigte het geconveniëerde dienaangaande zoude wezen revocabel; dat echter desniettegenstaande de voorsegde clausule na Regten en Practycke zodanige interpretatie niet kan lijden, gemerkt B in dezen niet alleen beloofd heeft A zijnen zoon invoegen in zijne goederen te zullen laten succedeeren (waaromme het geconvenieerde voor revocabel zoude konnen geconsidereert werden, als naturam ultimae voluntatis hebbende maar ook voornamentlijken vermits B bij de houwe-

---

[1]) *Holl Cons.* I 26.

[2]) *Holl. Cons.* I 271. A. Willemsz. II 202, 293. V 108 Mechelen 11 April 1572. Hidesius en Bogaart. De huwelijks voorwaarden waren in Zeeland gesloten. „Is geadviseert dat de huwelijks voorwaarden behooren te sorteren haar kragt en volkomen effect, naar haar forme en inhouden, alsoo niet bevonden en word, dat die zoude gerevoceert zijn bij haarlieden beider consent, weten en wille, dewelk in dien gevalle daartoe versocht is, en niet genoeg is dat eenige van de contrahenten die zoude revoceren, mits dat de zake niet is in zulken staat, daar af zij zoude mogen beginnen.

[3]) *Holl. Cons.* VI 170, de huwelijks voorwaarden waren gepasseerd 24 Junij 1664.

voorwaarden aan C en deszelfs vader de belofte van successen heeft gedaan bij forme van contract, als particuliere overeenkominge; quia pacta concepta in speciem contractus ab uno revocari non possunt, licet concepta in modum ultimae voluntatis».

Zoo nu echter die huwelijks voorwaarden bij mutueel consent werden herroepen zou het gevolg zijn dat daardoor een van beiden bevoordeeld en de andere dus benadeeld werd, en dit streed tegen de leer, die ook hier algemeen was gerecipieerd, dat echtgenooten staande hun huwelijk elkander niet mogen bevoordeelen. Zulke giften worden slechts door den dood geldig, zoo zij niet herroepen zijn geworden. Van dit middel bediende men zich. In een mutueel testament (want hier was mutuele consensus) werden de huwelijks voorwaarden gerevoceerd en de dood bevestigde die herroeping. Maar eene moeijelijkheid deed zich alsnu op; een mutueel testament werd sinds het consilium van Oldradus de Ponte [1]) beschouwd als twee testamenten, zoodat dus ieder vrijelijk het zijne kon herroepen, en daardoor de huwelijks voorwaarden weder doen herleven. Was die eenzijdige herroeping van het mutueele testament geschied, dan werd door den dood de revocatie der huwelijks voorwaarden geldig, maar nu stond het nog aan den langstlevende, of hij zich aan dat testament wilde binden, of door dit te te revoceeren en de voordeelen, daarin hem toegekend niet aantenemen, de successie te

---

[1]) OLDRADI PONTANI LAUDENSIS CONSILIA no. 174. Duo breviter, licet fuerit unicum pergamentum, in quo ambo conjuges sunt testati juris tamen potestate duo censentur sicut, duo fuerunt testantes.

[2]) *Holl. Cons.* V 26. 's Hage 16 Oct. 1636, van Stryen, van Sorgen en Brandijn. Dunct (onder correctie) nademaal de voorsegde Revocatie is gedaan, staande huwelijk, en voor zooveel dezelve smaakt don. ofte remissie, na rechten niet en mach bestaan, tenzij die metterdood zoude

aanvaarden, volgens de huwelijks voorwaarden [a]). Ziedaar de leer door van Leeuwen reeds gepredikt en in tal van advysen en consultatiën herhaald. Wij willen slechts een enkel advys aanhalen van van den Ende d. d. 16 Dec. 1710.

Hier waren ook weder huwelijks voorwaarden herroepen in mutueel testament en werd gevraagd naar de kracht van die revocatie. «Dunkt, onder verbetering, zegt van den Ende, dat de inhoud van de acte voorschreeven, nog bij de contrahenten, nog bij hunne respective erfgenaamen, zal behoeven te worden gestand gedaan, uitgezegt, dat indien de eerst overledene dezelve acte met 'er dood mogt komen te bevestigen, en de langstleevende alsdan zou mogen goedvinden zich aan dezelve acte te houden. Om redenen dat het aan de eene zijde voor getrouwde echtgenooten onmogelijk is, bij contracten of handelingen onder de leevende eenige veranderingen te maaken in de voorwaarden voor banden van 't huwelijk aangegaan, of dezelve te stellen buiten effect, ter oorzake, niet alleen dat de vrouwe, door het huwelijk, is gesteld onder de voogdije van haaren man, en dat mitsdien de man als voogd in rem suam author esse nequeat; maar ook, dat man en vrouwe malkanderen niet konnen gratificeeren, of eenig voordeel toebrengen inter vivos; zodanig

---

wezen geconfirmeert, dat mede man en vrouw 't zamen gemaakt hebbende testament, den langstlevende van hem, zijn ofte hare dispositie van uiterste wille mach wederroepen, dat daaromme de voorsz. Maartjen dezelve revocatie ende tenietdceninge van de voorzegde huwelijks-voorwaarden mitsgaders haar voorzegd testament wel mach te revoceeren en verklaren haar te houden aan dezelve huwelijks voorwaarden en dat zij van ofte uit haar zaliger mans testamentaire dispositie geen voordeel ofte profijt begeert, maar haar te zullen reguleren na de voorsegde huwelijks voorwaarden, dat voorts de doodschulden van de eerst overleden bij deszelfs erfgenamen alleen moeten betaald werden.

bij de respective Hoven van Justitie in Holland gedecideert is; en dat aan de andere zijde, alle uiterste willen (zoals de voorzegde acte in die forme mede is geconcipieert geworden) door ieder van de comparanten afzonderlijk, konnen worden gerevoceert, usque ad extremum vitae spiritum, per jura vulgata, en dat ook wanneer de gratificatie of uiterste wille zelfs al met de dood mogte worden geconfirmeert, door den eerst stervenden, als dan ook nog altoos, de langstleevende zich bevind in volkomen vrijheid van zich te houden aan de voorwaarden, indien dezelve mogten vermeenen daarin meerder voordeel voor hem of haar, te resideeren» [1]).

Wij zien dus ook in Holland dezelfde ontwikkeling als in Duitschland. Ook bij ons werden eerst de erfstellingen alleen als testamentaire dispositiën geldig verklaard en hare algemeene herroepelijkheid daaruit afgeleid; later ontstond tegenspraak en stonden er twee meeningen naast elkander, waarvan de eene haar in vim ultimae voluntatis, de andere in vim contractus beschouwde; eindelijk zien wij deze laatste meening, die de herroepelijkheid alleen erkende mutuo consensu, gelijk bij elk ander contract, geheel zegevieren, en eene ware erfstelling door overeenkomst aangenomen. Wij willen thans, voor wij van het Hollandsche Recht afstappen, nog de fameuse quaestie Wuytiers nagaan, daar hier de adviezen pro et contra ons den strijd der meeningen op dit punt nog duidelijker doen kennen.

De casuspositie is deze: de Heer Dirk Wuijtiers en Jufvr. Maria de Wale, echteluijden, hebben op 5 Sept. 1652 gemaakt mutueel testament, te Amsterdam, waarbij zij hunne 4 kinderen instelden, met het gebod dat zij de helft niet zullen mogen vervreemden door donat. inter vivos of testamento.

---

[1]) Vervolg op de Holl. Cons. II. 20.

Een der kinderen, Johannes Wuyters huwt nu Jufvr. Debora Baak, en de huwelijks-voorwaarden voorw. worden opgesteld te Amsterdam, op 2 Dec. 1664, waarby de bruidegom zijne bruid, in geval zij geen kinderen bekwamen, tot universeel erfgenaam institueert, met uitzondering alleen van *f* 100,000 — die hij zich ter vrije dispositie voorbehoudt. Indien dit eene donatio inter vivos of een testament is, is de beschikking van onwaarde. Dat het geen gift is onder de levenden, beweert Ypelaar, maar zonder daarvoor redenen op te geven [1]). Anderen [2]) verklaren het voor eene handeling onder de levenden, maar geene donatie. Een hunner vergelijkt het met een societeit, waarbij niet door ieder van de socii evenveel behoeft te worden ingebracht, maar de een zijn geld, de ander zijn talent geeft.

«Zulks zoo moet alhier ook niet anders worden ingezien, dan hoe hoog de gemelde Johannes Wuijtiers heeft geaestimeert gehad zoodaanigen huisvrouw te hebben, dewelke hij zoo waardig heeft geagt, en daarom met haar op zoodaanige conditiën willen handelen.» Zij noemen het een acte onder de levenden, een contract dat niet kan worden gerevo-

---

[1]) *Ned. Advies* 6 II, 20 cons. Amst. 8 Oct. 1675. En overzulks kan geenzints worden gezeid of verstaan een gifte onder de leevende te zijn dat geene, hetwelk bij contract antenuptiaal is bedongen en belooft, dewijle de giften zonder beding of oorzaak, en alleen ex mera liberalitate geschiedende, ook om zekere redenen, daarnaar mogen wederroepen en ingetrokken worden. Ja gaat de bezwaarnisse en verbintenisse van h. v. huidendaags soo verre, dat iemand vermag validelyk daarbij (hoewel zulks is tegens de dispositie van de gemeene beschreeven rechten) weg te maaken en te vervreemden alle zijne goederen, die hij zoude mogen komen achter te laaten.

[2]) v. d. Kerkhoven, Stipel, van Limborg, 's Hage 23 Julij 1675, ibid 21.

ceert. Nog krachtiger drukt zich ten Holte [1]) uit, «als zijnde het huwelijks contract geenzints te houden voor eene gift, nogte ook niet voor een specie van uiterste wille. Het eerste niet omdat hetzelve gedaan is intuitu matrimonii; hetwelk een van de zwaarste verbintenissen is, et causam admodum onerosam met zig sleept; als waardoor de vrouw haar zelven en haar lichaam overgeeft, aan de magt, en haar onderwerpt het gezag en opperhoofdigheid van den man. Het tweede niet, dewijl hetzelve is een handeling en pactum, waarop het huwelijk beraamt, aangegaan en voltrokken is; en schoon de executie van de beloften, daarbij gedaan, gesuspendeert is tot in casum mortis, zoo word nochtans verstaan, dat per existentiam conditionis, dezelve dispositie zijn kracht heeft genoomen van die tijd af, dat er gecontracteert is geworden». Schaap drukt vooral op de irrevocabiliteit, om aan te toonen, dat het geen testament is [2]), terwijl een drietal Utrechtsche advocaten [3]) op het verschil wijzen tusschen deze instelling en en eene gift. Hoeverre waren dus deze Utrechtsche Consulenten niet de Fransche Jurisprudentie vooruit, die nog langer dan eene eeuw bleef spreken van giften inter vivos en m. c. «Het kan geen simpele gifte onder de leevenden zijn, omdat het maar is een beding omtrent het aangebragte goed; hetwelk als men 't al zoude willen noemen een donatio propter nuptias, eigentlijk onder geene donatie zoude kunnen werden gerekent; gelijk ook de Staten van Utrecht wel expresse distinctie maken tusschen hetgeen uit krachte van huwelijks voorwaerden en hetgeen uit krachte van gifte onder de

---

[1]) Ibid. 22, 's Hage 25 Julij 1675; ten Holte, v. d. Heide, de Gouda, de Vos.

[2]) Ibid. 24, 25 Julij 1675.

[3]) Ibid. 25; Utrecht 30 Sept. 1675; v. d. Dussen, v. Mansfeld en de Leeuw,

leevende werd genoten; zoodat het is een contract dat wederzijds obligatoir is.» Een Rotterdammer Paats noemt Johannes Wuijters «de directeur der compagnie, die verkooren had Debora tot zoo naauwe en altijd durende Sociëteit te engageeren door het contract do ut facias». Terwijl sommigen deze instelling als eene douarie willen doen vóorkomen, verklaart v. Limborgh, «dat tot zoodanig irrevocabel contract geensinds applicabel zou kunnen zijn het woordt gifte of donatie ter zaake des doods.» Uit deze veelvuldige advijsen volgt, gelooven wij, deze vulgaris opinio, dat het niet was een uiterste wil, niet eene donatie, maar wel degelijk een contract.

Maar de antagonisten van de weduwe van Johannes Wuytiers spaarden geene moeiten en kosten, om, hoewel de regtspraak als uit eenen mond hen in het ongelijk (achtterdeel, zooals de consulatien zeggen), stelde, toch ook een advijs in hun voordeel te krijgen. Eindelijk gelukte het hun, hoewel eerst na verloop van een jaar. In een langdradig consult [1]) verklaarden eenige Amsterdamsche advocaten, dat het wel degelijk was eene gift onder de levenden. Zij halen de woorden aan van zekeren Marius Catullus, om aan te toonen, dat het huwelijk eigentlijk van beide kanten eene gift is, de intuitus deflorationis non sit talis ut donationum, cum sit actus consecutivus matrimonii et mulier non possit agere contra virum, ut virginitatem ei datam, et jus eam amissam reconpensaret, nam mulier praebendi se marito potius satisfacit debito quam contrahat et acquirat, consequens ergo est, duarium esse donationem mere lucrativum et ex mera liberalitate procedere». Verder wijzen zij op de geschrevene rechten, die, zooals wij weten, niets bepalen omtrent dit instituut.

---

[1]) II. 30 cons.

Maar wy willen ons niet langer hierby ophouden, en, verder voortgaande zien, hoe het in het naburige sticht van Utrecht gelegen was. Ook daar bepalen de landrechten zoo goed als niets; noch in de ordonnantie van Utrecht van 1540, noch in die van Amersfoort van 1544, noch in die van Rhenen van 1546 vinden wij eenige bepaling over ons onderwerp. Het is eerst in de Ordonnatie Decisoir der Staten 's lands van Utrecht, dat wij in art. 7 de volkomene erkenning vinden dezer erfstellingen. «Dat alle beloften van de collaterale vrienden van de contrahenten, ofte ook anderen deselve niet bestaande, in huwelijks voorwaarden nopende de toekomende successie harer goederen, ten behoeve van deselve contrahenten gedaan, niet en sullen mogen worden gerevoceert ofte eenigsinds gecontrarieerd» en het is diezelfde bepaling die wij terug vinden in de ordonnantie van Montfoort, van 1665 art. 7. Nu vinden wy ook by Radelandt [1]) eene decisie uit het laatst der vorige eeuw. Theodor Heusden had, toen zijne zuster Lutger huwde met zekeren Asswer Lackerveldt, beloofd, dat zij zijn erfgenaam zijn zou voor een gelijk deel als de overige erfgenamen. Later had hij bij testament andere beschikkingen gemaakt. De schepenenbank had het pactum geldig verklaard, en de onmogelijkheid aangenomen om dit bij testament te veranderen, maar in appel oordeelde het hof anders. Dit verklaarde het testament geldig, omdat het pactum slechts steunde op eene gewoonte, die niet onder de geredigeerde costuymen van Alva was opgenomen, en niet was goedgekeurd door de Staten 's lands van Utrecht; dat in deze gewoonte vooral afkeurenswaardig was het votum captandae mortis, daar volgens haar de vrijheid van testeeren opgeheven zou zijn, en dat zij, om geldig te zijn,

---

[1]) *Decisiones posthumae curiae provincialis Trajectinae* per WILHELMUM RADELANTIUM. Trajecti 1637. dec. 93.

ook noodig had de recepta sententia DD., die ontbrak; dat eindelijk in verschillende questiën anders geoordeeld was, zooals Bogardts contra de Compostel, en Hamerfeldt contra Bollen.

De costuymen, waarvan hier sprake is, zijn die van Amersfoort, het Eemsland en het Overquartier, die op last van Hertog Alba waren geredigeerd, en waarin de questie die wij bespreken, volstrekt niet is aangeroerd. Het vonnis van het Utrechtsche Hof, door Radelandt ons medegedeeld, was niet eenig in zijn soort. In Utrecht is men eerst veel later dan in Holland er toe gekomen om de geldigheid der erfstellingen door overeenkomst te erkennen. Het is eerst in het midden der 17. eeuw, dat het voorbeeld der naburige provinciën schijnt gewerkt te hebben. Ook hier zag men in de clausule dat de goederen zouden gaan van daar die gekomen waren slechts eene successie ab intestato. Het was hetzelfde wat de verkiezing van Landrecht in Holland was, en de libertas testandi werd daardoor niet benomen [1]). Maar eene bepaalde instelling beschouwde men ook hier slechts als testament; zoo vinden wij nog in 1644 een advies van J. van Heyden [2]): soo kennelijck is, dat huwelijks-voorwaarden, die tusschen de conthoralen gemaakt worden, nopende die successie van hare goederen, alleen plaets hebben ab intestato, sonder dat sij lieden verstaen worden, daermede hen selven testandi facultatem benomen te hebben. Ende dat niet alleen die conthoralen samen in contrarie van hare huwelijks voorwaarden mogen disponeren, nemaer oock elck apart, ende in weerwille van

---

¹) *Utrechtsche Consult* I 53, 76. III 54. II 47. Zie echter een advies in tegenovergestelden geest, II 95, dat nam. het beding in zooverre verbindend is, dat de goederen niet van die zijde vervreemd mogen worden.

²) Ibid II 151.

malkanderen, voor sooveel hare goederen is aangaende, sijnde 't selve moribus hujus patriae vulgairs ende dagelijcks pactricabel, ende is oock sulcks tot verscheyden reysen bij den Ed. Hove van Utrecht verstaen; onder anderen op den 9 April 1552, item op den 26 Oct. 1565, mitsgaders op den 30 Julij 1586 en, de noch onlangs in casu Grauwert».

Het is Moreelse, en met hem Rodenburg, die in een advies van 29 Oct. 1647 [1]) het eerst gewag maken van de indeeling in pacta dotalia simplicia et mixta „Want behalven dat multi non infimae notae DD. distinguant inter pacta dotalia concepta verbis contractus, et concepta verbis ultimae voluntatis, ut haec mutari etiam ab altero possint, illa non nisi ab utroque". Een 10 jaren later erkent Zael [2]) wel dat de revocabiliteit der huwelijks voorwaarden in Utrecht door de jurisprudentie algemeen wordt aangenomen, maar zelf staat hij toch reeds een ander gevoelen voor; „moribus nostris is kennelijck," zegt hij, „dat dierghelijcke clausulen in huwelijckse voorwaerden soo bundigh sijn, dat die bij testament niet en souden mogen werden herroepen". Nog een 10tal jaren en de Ordonnantie Decisoir voert erfstellingen door overeenkomst wettelijk in.

Een Utrechtsch Jurist Abraham à Wezel stelde daarop, in twee verhandelingen [3]) een dogmatisch onderzoek in naar de de pacta dotalia en hunne clausules omtrent erfenissen. Hij deelde daarin niet op alle punten in de meening van Ant. Mattheus, wiens zoon hem dit zoo euvel duidde, dat hij in zijne *Miscellaneae excercitationes* een anti-kritiek schreef, in-

---

[1]) Ibid II 49.

[2]) Ibid I 60.

[3]) *Ad novellas Ultrajecti*, een werkje dat veel naam heeft, en zijn *Tractatus de connub. bon. societate et pactis dotalibus*, waarin het 5de hoofdstuk gewijd is aan pacta super futura hereditate interposita.

dien men dien naam geven mag aan een pamflet, dat uit niets anders bestaat dan scheldwoorden.

Wij gaan over tot Gelderland. Ook hier weder wenden wij ons het eerst tot de Landrechten. Was de oogst daarvan schraal in Holland en Utrecht, hier vinden wij naauwkeurige uitgewerkte voorschriften. Het eerst vermelden wij de Geldersche Land- en Stadrechten in 't Overquartier van Ruremonde wier redactie in 1619 plaats had. Hier vinden wij de erfstellingen besproken, maar weder, even als elders, nog slechts als uiterste willen beschouwd; de irrevocabiliteit is nog niet aangenomen. Wij lezen Boek I tit. II § 1 art. 10: „Derwegen dat van weerden zijn ende volbracht moeten worden alle hylicx-giften ende geloften, daarbij d'Alders oft andere vrieuden den toekomenden Eheluyden, of hunnen kinderen geven ofte geloven hunne successie ofte versterffenisse, 't zij in 't geheel ofte deel, ofte daerbij sy hun gelooven alsoo erfgenaem te maecken, ten ware dat die naermaals bij hun werde wederroepen, uyt bestendige reden, daarom nae Lantrecht onterffenisse ofte wederroepinge van gifte magh geschieden". Terwijl dan in art. 14 bepaald wordt, dat de clausule van retour alleen beteekent de wettige versterffenisse," komt art. 16 nogmaals op de herroepelijkheid terug: „als mans ende vrouwe by hunne hylicx-voorwaarde yet hebben besproken ofte versien, aangaende de versterffenisse van hare ofte syne goederen by tijtel van institutie, ofte maeckinge van erfgenamen, 'tselve en is van geener meerder weerden noch macht, dan een testament, oft andere uytterste wille, die bij elck van hen altijts wederroepen mogen werden." Daarop wordt in art. 21 vastgesteld, dat afstand van erfrecht van kracht is, bij overeenkomst gedaan; de eed, door Paus Bonifacius voorgeschreven, wordt in het daarop volgende artikel onnoodig verklaart. Eindelijk volgen dan nog eenige bepalingen omtrent mutueele testamenten, die in den VIden Titel nog

kortelijk herhaald worden. In de gereformeerde Landrechten der vier bovenampten des Nymeegsche quartiers (redactie van 1683) vinden wij alleen bepaald, in titel 15 art. 17, dat bedongen retour geen testamenti factio ontneemt aan de kinderen. In het Landrecht van Thielre en Bommelreweerden en het Stads Recht van Bommel (redactie van 1720) vinden wij eensluidende bepalingen omtrent mutuele testamenten. [1]) Nog een 20tal jaren jonger is het Stad-recht van Culemburg, maar daarin zien wij dan ook de geldigheid der Erfstellingen bij overeenkomst erkend. Cap. III art. 5. „Dat het geene van de vrienden der contrahenten, of van andere dezelve niet bestaande, in de huwelijks voorwaarden nopende de toekomende successie harer goederen belooft word, ten behoeve van dezelve contrahenten niet zal mogen gerevoceert, nog eenigzints gecontrarieert worden"; art. 16, „dat eenige bedingen, bij de contrahenten in de huwelijks voorwaarden gedaan, met bijder consent bij uyterste wille mogen herroepen of verandert worden; art. 7, „gelijk mede het beding van retour der goederen niet belet, dat de egtelieden met hare goederen niet zouden mogen doen haren vrijen wille".

Wij zien dus ook hier dezelfde ontwikkeling als elders en de geldigheid der erfstellingen door overeenkomst eerst laat erkend. Wanneer wij de adviesboeken inzien, dan bemerken wy dat de

[1]) *Landr.* cap. 28 art. 22 *Stadrecht* cap. 22. Wanneer twee of meer personen bij uyterste wil malkanderen ofte haren erfgenamen reciproquelijk institueren, of anders benificieeren en zoodanige dispositie bij een alleen herroepen werd, zal die reciproquelijke dispositie aan weder-zijden nul en van onwaarden zijn. Doch soo de langst levende bij die uiterste wil niet herroepen zijnde voordeel trekt zal hij zijne reciproquelijke dispositie, tot voordeel van den eerst stervende of zijne erfgenamen geschiet, niet konnen herroepen of verbreken.

quaestie van retour der goederen een punt schijnt geweest te zijn van groote moeielijkheid. Algemeen was men van gevoelen, dat geen fideicomm. daardoor werd gevestigd; dat aan de kinderen het recht niet benomen werd te testeeren; dat de clausule alleen kracht had tegen diegenen van wie de goederen niet gekomen waren en eindelijk meestal volmondig toegegeven dat de bepaling niets anders was dan eene verdeeling ab intestato aan de zijde die ze had aangebracht. Ook het mutueele testament [1]) wordt telkens ter sprake gebracht en de telkens terugkeerende vraag beantwoord, of het twee testamenten waren, uno pergamento scripta, dan wel ééne verklaring, waartoe de eene echtgenoot den anderen volmacht gegeven had. Wanneer wij eindelijk, in de adv. en consultatiën van Mr. Marten Alexander van Lamzweerde, melding vinden gemaakt van een contract of pactum familiae, «dat de erfgoederen van die familie van den eenen broeder op den anderen sterven of deszelven mans erven, mits de dochters zekere som uitkerende en dit geldig zien verklaren», schijnt het ons op den eersten aanblik toe als ware hier sprake van erfstelling door overeenkomst buiten huwelijks contract, maar dat is niet zoo, want uit het voorgaande pactum is te zien, dat daarbij niet gehandeld wordt van alle die goederen maar alleen van de Winkelhause erfgoederen. — Behalve over de clausule van retour vinden wij in de adviesboeken weinig over erfstellingen in huwelijks voorwaarden.

Ook hier is het weder in den aanvang: habet vim ultimae voluntatis [2]) — het gezag van de Groot wordt ingeroepen om dit te bevestigen), en het is eerst in 1765, dat de geldig-

---

[1]) Zie hier over de Casus Josina v. Rymsdijk, Schrassert; Geldersche Cons. I 19.

[2]) SCHOMAKER *Cons.* I 43 n°. 73. „Want, of wel moribus hodiernis contra jus civile by bestendige ehepacten over toekomende successiën

heid der erfstellingen door overeenkomst ook hier onbewimpeld erkend wordt.

In een advies van op ten Noorth [1]) hooren wij hem verklaren „dat als een moeder bij 't uittrouwen van een zoon, in deszelfs huwelijks-voorwaarden iets tot voordeel van de bruid, of hare kinderen nopende de successie harer goederen, belooft, en met haar onderteekening geconformeert heeft, zij later zoodanige beloften niet kan revoceeren, doordien die huwelijks-voorwaarden niet zijn eene blote dispositie of testament, hetwelk den testateur pro libitu kan revoceren, maar een contract, tusschen haar, haar soon, en de bruid en haare vrienden, ingegaan en overkomen, hoedanige contracten door één parthij niet kunnen vernietigt worden, zoo dat al hetgeene de moeder van de bruidegom aanvangt en doet, met dispositiën of vervreemdingen van haar goederen, tot praejudice van haer belofte en overgifte in de huwelijks-voorwaarden van haar soon, tot voordeel van haar bruid en haare kinderen solemnelijk gedaan, nul en van onwaarden is, en anders nergens toe strekt, als om dispuiten en processen naa haar doot daarmede te maaken."

Wij kunnen thans volstaan met nog eene enkele opmerking over de overige provinciën. Wat Overijssel betreft, wij lezen daar in het Landrecht welks redactie in 1630 plaats had, vooreerst [2]) de bepaling, dat clausule van retour niet belet te testeeren, en vervolgens, art. 13 „die olderen bij uytsettinge van iemant haerer kinderen ten houwelick, in huwelijks voorwaarden haer verbonden hebbende ende belooft, deselve haere

---

conventioneel kan gedisponeert worden, gelijk in praemissis satis superque aangetoont is, en dat sulke successiën conventioneel daarbij bedongen valideeren in vim ultimae voluntatis.

[1]) LAMZWEERDE, *Geldersche Cons.* III 63.

[2]) II 12.

kinderen in haer erfdeel bij testament ofte laeste wille niet te sullen verminderen noch beswaren: sal sulk altoos bestendig sijn, sonder dat sy 't selve anders als uyt merckelicke redenen van ongehoorsaemheyt ende quaden levens, vermogen te niette te doen, ofte te contrariëren;" — de erkenning dus van eene ware erfstelling door overeenkomst. In Strubberg's Overijsselsch adviesboek vinden wij geene enkele consultatie die over de kracht van dergelijke erfstellingen handelt. Of de ontwijfelbare geldigheid der erfstellingen door overeenkomst de oorzaak daarvan is, meenen wij echter te moeten betwijfelen.

Ook in het Groninger Landrecht vinden wij terloops van erfstellingen in huwelijksvoorwaarden melding gemaakt. [1]) „Men sal alle erffenisse na sibtal laten gaen, in der gestalt als volght, tensij dat het in onstraffelycke hylcxvoorwaerden ofte in een opdragt na Landrecht, toegelaten anders voorwillekeurt mochte wesen, ende hoewel de sibtal in hylicxsaken aengesien wort, na de rekeninge des geestelycken rechtes, (wat de Duitschers het Liniaal-Graduaal systeem noemen), so behoort men doch in sake van erffenisse, de sibtal te rekenen alleene nae keyser-Recht (dus het zuivere Gradual-systeem)."

Schijnt op deze bepaling het Germ. Recht van invloed geweest te zijn, in eene volgende [2]) zien wij duidelijk het Rom. Recht en zijne indignitas door schemeren" „Niemand moet sekerhande Erffenisse vertyen, vercopen, versetten, beswaren, ofte eeniger maniere daervan verwilkeuren, eerdertijd dat de verschenen is, bij de poene, dat hij tot terselver Erffenisse zal onweerdigh geachtet worden, ofte dat moste gescheen by wetlyck consent desgenen, die dat goed sal

[1]) III 45.

[2]) Ibid. 87.

vererven, anders sullen doch de coop ende wilkeuren alle, als voorsz. onstede ende van geener weerden wesen".

Eene bijna gelijkluidende bepaling vinden wij omtrent Friesland in Ulric Huber's Hedend. Rechtsgeleerdheid [1]). „Andere feiten of daden kunnen wel belooft worden — mits niet onmogelijk of ongeoorloft zijnde: want sulke beloften niet en deugen; waeronder ook gereekent worden, ackoorden over Ervenissen van leevendige menschen, ten ware degeene van wiens ervenisse gehandelt wort, sulx hadde toegestaen, mitsgaders in de toestemminge tot het uiteynde van sijn leeven quame te volharden; want anders schijnen sulke overeenkomsten te dingen naar yemants doodt, hetwelke niet en betaemt.» Daarop haalt hij eene decisie aan van Nauta (45) omtrent de erfenisse van Juffr. Helena Stakebrants. Met hare toestemming hadden hare erfgenamen daarover eene overeenkomst gesloten, maar later had zij bij testament anders gedisponeerd, en nu werd het testament geldig verklaard, als hebbende gederogeerd aan de overeenkomst. — Ligt hierin dus reeds eene afkeuring van erfstelling door overeenkomst nog krachtiger verklaart hij zich iets vroeger: «Men mag evenwel, bij houwelijkse voorwaerden, geen erfgenaem maken nog ten deele nog voor 't geheel, invoegen sodanige erfmakinge soude onwederroepelijk zijn, immers niet in Frieslandt, 't welck daerin met 't keiserlijk recht overeenkomt [2]).

Wij sloegen een blik op de verschillende landstreken van ons vaderland, en wij kwamen tot dit resultaat; eerst na de receptie van het Romeinsche recht worden bij ons, hier vroeger, daar later erfstellingen door overeenkomst van kracht geoordeeld. Eerst slechts schoorvoetend toegelaten, en

---

[1]) Eerste deel, III Boek, hoofdst. 21 n°. 47.

[2]) Ulric Huber, l. l. I Boek, hoofdstuk VIII. n°. 34.

maar als uiterste willen erkend, zien wij ze meer en meer in aanzien en invloed toenemen, zoodat zelfs Romanisten als Voet ze niet langer kunnen negeren, en tot de bekentenis komen, dat, even als in naburige landen, ook bij ons, niet door wet of placaat maar door de kracht der gewoonte zulke onherroepelijke erfstellingen in zwang zijn. Wij vinden daarop vervolgens de verdeeling toegepast in pacta dotalia simplicia en mixta, en in de adviesboeken, eerst, op het voorbeeld van de Groot, bijna alleen de laatste erkend, later echter daartegen een strijd ontstaan, waarvan het einde was, dat alleen de pacta dotalia simplicia als geldig rechtsinstituut erkend werden. Toen, ofschoon door de kracht der gewoonte ingevoerd, kon toch ook de wetgeving ze niet langer met stilzwijgen voorbijgaan, en ze worden dan ook meer of minder het voorwerp harer bepalingen. Maar het was niet vóór de 18. eeuw dat het zoover kwam, op eene enkele uitzondering na. Alleen Friesland blijft aan het zuivere Rom. recht getrouw, en verbiedt elke contractueele bepaling over erfrecht. Waar wij elders de geldigheid dier erfstellingen algemeen zien gehuldigd, is het toch alleen in huwelijksvoorwaarden dat die afwijking van het gerecipieerde recht wordt toegelaten, en alleen om de wettig aangegane verbindtenis tusschen man en vrouw te begunstigen en aan te kweeken, «want het gemeine best daeraan ten hoogsten geleegen is, dat de huisgezinnen mogen voortgezet worden» [1]).

---

[1]) Ulric Huber, l. l. VIII n°. 12.

ACHTSTE HOOFDSTUK.

Erfstelling door overeenkomst, volgens den Code Napoleon en het Burgerlijk Wetboek.

Wij zagen wat erfstellingen door overeenkomst geweest zijn. Laat ons thans zien wat zij thans zijn..

Daartoe willen wij de daarop betrekkelijke artikelen van Burgerlijk Wetboek nagaan, en die vergelijken met de bepalingen van den Franschen Code.

Maar vooraf met een paar woorden nog gewag gemaakt van de lotgevallen van ons instituut in de dagen van het revolutietijdperk.

Het Fransche recht, op coutumes en koninklijke ordonnantiën gegrond, onderging toen een vuurdoop, om als een feniks uit zijn asch te herrijzen. Uit de menigvuldige en zoo verschillende lokale rechten, kwam een algemeen wetboek te voorschijn, dat, ook buiten Frankrijk, thans nog gezag heeft. Die weldaad is Europa — is Frankrijk bovenal aan keizer Napoleon verschuldigd.

De rechtstoestand was destijds bedroevend, en hier, en in Frankrijk, en overal. Voorrechten voor den adel, drukkende lasten voor de lagere volksklasse, bij toenemende beschaving, toenemende behoeften, in één woord een toestand die onhoudbaar was.

Maar in het jaar 1789 brak de revolutie los. De beweging was vooral gemunt tegen adel en geestelijkheid, tegen al wat aan de dagen van het Leenstelsel deed terugdenken.

In dien storm viel ook de institution contractuelle. De vrijheid en gelijkheid, die de leus was van den dag, verdroeg het niet langer, dat ouders hunne kinderen beroofden van wat hun, naar men meende, volgens het natuurrecht toekwam. De wetgever der revolutie sidderde van het droit d'ainesse, dat voorrecht toegekend aan den oudsten zoon, en verschuldigd, niet aan eigen verdienste, maar aan het toeval alleen.

Dat onding, zoowel uit het oogpunt van het natuurrecht als van dat der oeconomie, verdween als kaf voor den wind, toen Talleijrand, een uur na den dood van Mirabeau, het laatste pleidooi van Frankrijks grooten staatsman voordroeg in de zitting van de nationale vergadering [1]. Men verbood alle uiterste wilbeschikkingen in het algemeen [2] en de erfstelling door overeenkomst in het bijzonder [3].

---

[1]) 2 April 1791. De afschaffing der primogenituur volgde op den 8 April.

[2]) 7 Maart 1793.

[3]) 5 Brumaire an II, 26 Oct. 1793. 17 Nivose an II, 6 Janv. 1794. Art. 1. Les institutions contractuelles, et toutes dispositions à cause de mort, dont l'auteur est encore vivant, ou n'est décédé que le 14 juillet 1789 ou depuis, sont nulles, quand même elles auraient été faites antérieurement.

Terwijl schenkingen onder levenden geldig bleven, verklaarde de wet van 9 Fructidor an II (26 Aug. 1794) dat men deze wel moest onderscheiden van de institution contractuelle, die nietig verklaard was. Het eerste artikel is belangrijk, daar het doet zien hoe thans tusschen schenking en erfstelling een scherpe grenslijn getrokken werd. De vroegere verwarring had opgehouden. — Considérant que les contrats doivent s'apprécier bien plutôt par la substance que par la dénomination;

Men verkrachtte verkregene rechten, en verklaarde alle erfstellingen van onwaarde, door overeenkomst in het leven geroepen sinds den 14 Juli 1789, den dag waarop de inname der Bastille het eerst aan het volk zijn macht, aan den koning zijne zwakheid getoond had; maar nadat de volkswoede alle stadiën had doorloopen, en het schrikbewind had uitgewoed, begon er een tijd van verademing aan te breken. Men leerde inzien, dat men te ver was gegaan. De gruwelen, die gepleegd en niet meer te herstellen waren, spoorden aan om, waar het nog mogelijk was, het begane onrecht te doen ophouden, en een meer gezonden toestand in het leven te roepen. Te midden dier reactie werden ook de besluiten herroepen, waardoor verkregene rechten geschonden waren, en de wet van 5 Floréal an III [1]) herstelde wat het decreet van Nivôse an II had misdreven. Thans volgde eene reeks van gematigde bepalingen‘ waarmede men het begane onrecht zocht goed te

---

qu'ainsi, et si l'acte qui contient la disposition était non-seulement irrévocable de la part du disposant, mais qu'en même temps celuici n'ait pu aliéner ou hypothéquer tout ou partie des biens qui en faisaient la matière, on ne peut plus voir dans un tel acte qu'une disposition entrevifs qui aurait saisi, le donataire de tout ce que le donateur ne pouvait plus aliéner, à la difference de l'acte qui, bien que qualifié donation, eût réservé au donateur la faculté d'aliener ce qui en était l'objet; etc.

[1]) Loi du 5 Floréal an III (24 April 1795): La Convention nationale, décrète la suspension de toute action intentéé ou procédure commencée à l'occasion de l'effet rétroactif, résultant de la loi du 17 Nivôse sur les successions.

[2]) Loi du 9 Fructidor an III: La Convention nationale décrète que les lois des 5 Brumaire et 17 Nivôse an II, concernant les divers modes de transmission des biens dans les familles, n'auront d'effet qu'à compter des époques de leur promulgation.

Loi du 18 Pluviôse an V. Art. 1. Les institutions contractuelles

maken, [2]) tot dat de eerste Consul de hand sloeg aan de zaak der wetgeving en tot stand bracht wat vroeger te vergeefs was beproefd. De Code Napoleon werd gepromulgeerd.

In art. 1082 [1]) werd de institution contractuelle erkend, maar met den naam van donation bestempeld.

Het was de schuld der Fransche schrijvers van de vorige eeuw; het was te wijten aan Le Brun en Pothier, meer dan aan des wetgever's vrees, om door het opnemen van een woord, dat aan de middeleeuwen ontleend scheen, de nieuwe denkbeelden te kwetsen, dat er aldus verwarring en onzekerheid ontstond.

Is daarvan nu het gevolg dat het tegenwoordige Fransche recht geene erfstellingen door overeenkomst meer kent? Wij zouden het betwijfelen, en liever instemmen met de uitspraak van Eschbach [2]). Laat het vrij aan de bewerkers van den Code, zegt deze, om aldus te handelen, maar de wetenschap kan hen beschuldigen het onmogelijke te hebben willen bewerkstelligen. Het wezen van eene rechtshandeling verandert niet naar de willekeur van den wetgever; de opstellers van den Code hebben evenmin kunnen bewerkstelligen dat de erfstelling door overeenkomst eene schenking werd, als

---

et autres dispositions irrévocables de leur nature, légitimement stipuléees en ligne directe avant la publication de la loi du 7 Mars 1793, et en ligne collatérale ou entre individus non parents, anterieurement à la publication de la loi du 5 Brumaire an II, auront leur plein et entier effet, conformément aux anciennes lois, tant sur les successions ouvertes jusqu'à ce jour que sur celles qui s'ouvriraient à l'avenir.

[1]) Code, art. 1082 Les pères et méres etc — pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens, qu'ils laisseront au jour de leur decès, etc.

[2]) ESCHBACH, *Notice historique sur l'institution contractuelle*, in de *Revue de législation*, Deuxième série. tome XI. p. 127.

Justinianus door zijne 87 Nov. de schenking ter zake des doods tot een legaat heeft kunnen maken.

Wij zullen deze vraag naauwkeuriger behandelen, wanneer wij de bepalingen van het Nederlandsche Wetboek vergelijken met de artikelen van den Code.

Eerst vragen wij: wat vindt men over erfstelling door overeenkomst in de verschillende ontwerpen, die in Nederland aan het Wetboek van 1838 vorafgingen? Had ook bij ons, even als in Frankrijk, het volksgebruik moeten wijken voor den storm der revolutie, of had het stand gehouden en zich verder ontwikkeld?

Ons eerste algemeen Wetboek van burg. recht was het wetboek Napoleon ingericht voor het koningrijk Holland, van 1809. Daarin was de Code gevolgd, en slechts hier en daar eene afwijkende bepaling opgenomen, die, door gewoonte of lokaalrecht ingang had gevonden.

Dat dit laatste ook het geval was met de bepalingen omtrent ons instituut, blijkt uit art. 75, waarin wij lezen: de aanstaande echtgenooten kunnen, bij huwelijksvoorwaarden beschikkingen over hunne wederzijdsche goederen na den dood maken, welke, ten aanzien van derzelver kracht en gevolgen, gelijk staan met beschikkingen, bij uitersten wil gemaakt — eene bepaling die wij in art. 89 herhaald vinden: Bij testament mag elk der echtgenooten, voor zooveel hem of haar betreft, de bedingen, rakende de erfvolging na den dood, bij huwelijksvoorwaarden gemaakt, herroepen en vernietigen.

Het is een weerklank, als het ware, der leer van de Groot, eene erkenning alleen der pacta dotalia mixta.

Wat aanleiding tot die bepaling mag gegeven hebben, weet ik niet. Aan den Code ontleend was ze stellig niet; terwijl daar de institution contractuelle tot de donations wordt teruggebracht, lezen wij hier in art. 1336;

«Donatiën kunnen alleen bevatten goederen, die de donateur dadelijk bezit; indien de donatie ook toekomstige goederen bevat, is dezelve ten dien opzichte krachteloos. «Maar hoe het zij, lang waren deze bepalingen niet van kracht; de Code verving weldra het wetboek van 1809.

Voor de bepalingen, die daarin voorkomen, verwijzen wij naar hetgeen wij mededeelden onder Frankrijk, want Nederland had opgehouden een onafhankelijke staat te zijn; als deel van het groote keizerrijk droeg het zijn deel in de roem en ellende, die de wereldheerschappij van den eersten Napoleon te weeg bracht.

Maar Leipzig en Waterloo knakten den Franschen adelaar, en, onder bescherming der Kozakken, hernam ons vaderland zijne onafhankelijkheid. Als een koningrijk van 17 provinciën verrees het als een feniks uit zijn asch, maar niet langdurig was zijn bestaan. Gelijk zooveel, dat aan de grillen van het oogenblik zijn ontstaan had te danken gehad, bleek ook dit werk der Weener-Congresmannen, ijdelheid en dwaasheid. Het nationaliteitsgevoel, dat bij ons volk in 1814, levendiger dan ooit was ontwaakt, gaf aan den Souvereinen vorst de woorden in den mond, dat eene eigene wetgeving een der eerste onderwerpen zou zijn, waarmede hij hoopte dat de Landsvertegenwoordiging zich zoude hebben bezig te houden. Daarop volgden ontwerpen, beraadslagingen en voorstellen zonder tal en het gevolg van al die moeite, van al die studie, was het wetboek, waaronder wij thans leven. Een werk dat men meende dat een pronkstuk zou zijn onzer nationale eigenliefde, en dat, bij nader inzien, gebleken is als «een zeer gebrekkig werk, uit de groote wettenfabriek te voorschijn te zijn gekomen [1].»

---

[1]) Mr. OPZOOMER *Het B. W.* I p. VII.

Hoewel wij er niet veel wijzer door zullen worden, toch kunnen wij er niet geheel buiten kortelijk nategäan hoe de bepalingen omtrent ons onderwerp in het Burgerlijk Wetboek gekomen zijn. Het ontwerp van 1820, dat aan de meesterhand van Kemper zijn ontstaan te danken had, bevat in korte maar scherp afgeteekende bepalingen een overzicht van het recht, zoo als de geest der eeuw het vorderde. Als algemeene bepaling lezen wij in art. 1576. «Het uitzigt op eene erfenis kan geen onderwerp van handeling uitmaken, dan alleen bij huwelijksvoorwaarde, achtervolgens hetgeen bij de 3_e en 4e afdeeling van den 7_e titel des eersten boeks is vastgesteld; en eenige artikelen verder, in art. 1581:» Niemand kan het regt van erfvolging bij het leven van eenen erflater bekomen. Alle contracten, waardoor iemand zich het regt beneemt, om tot op het laatste oogenblik van zijn leven vrij over zijne nalatenschap te beschikken, of eene vroegere wilsverklaring te vurnietigen of te veranderen, zijn nietig en van onwaarde. De wet erkent geene uitzonderingen van dezen regel, noch eenige erfvolging uit overeenkomst, dan alleen in geval van huwelijksvoorwaarden, overeenkomstig hetgeen daaromtrent bij de 3e en 4e afdeeling van den 7e titel van het I Boek is vastgesteld.»

In die 3e afdeeling nu lezen wij: (art. 372) «ook zal het aanstaande echtgenooten vrijstaan, elkander bij huwelijks voorwaarden door erfstelling of legaat te bevoordeelen, voor zooverre niet zoodanige bevoordeeling als erfstelling of legaat zelve tegen de bepalingen mogt strijden, hieronder omtrent uiterste willen voorkomende [1].» En vervolgens in art. 383: «Het beginsel van herroepelijkheid van uiterste willen is op erfstellingen en legaten, bij huwelijksvoorwaarden bespro-

[1]) Att. 379. Ook staat het niet alleen den ouders en bloedverwanten,

ken, niet toepasselijk. Deze kunnen niet worden herroepen, zelfs niet met toestemming der bevoordeelde partij.» Eindelijk lezen wij in art. 384: «Wanneer de ouders, nabestaanden of vreemden bij huwelijksvoorwaarden beschikt hebben over hunne nalatenschap of een gedeelte van dien, hetzij ten voordeele der aanstaande echtgenooten, hetzij ten voordeele der kinderen uit dat huwelijk, is deze beschikking wel onherroepelijk, doch alleen in zooverre, dat de gever over het besprokene niet anders bij latere schenking of erflating beschikken kan, dan voor kleine sommen, ter belooning van diensten of dergelijke.

De woorden van Nicolai, die hij bij gelegenheid der discussie over dezen titel op 9 Juli 1822 uitsprak, [1]) bewijzen hoe weinig helder hem het onderwerp, waarover hij 't woord voerde, voor oogen stond. «Pour dernier avantage la loi autorise les institutions contractuelles, en permettant de comprendre dans les donations par contrat de mariage, non seulement les biens présens et spécifiés, mais encore les biens à venir, et qui dans toute autre circonstance, ne peuvent faire l'objet que d'une disposition à cause de mort. Ces testamens contractuels ne doivent pas être repoussés de notre legislation; ils sont pris dans nos usages; ils sont conformes à nos moeurs; et il est assez prouvé par l'expérience, qu'il n'en resulte aucun abus; qu'au contraire, ils contribuent souvent à former des mariages, qui,

---

maar ook vreemden vrij, bij tusschenkomst in de huwelijks voorwaarden de aanstaande echtgenooten, derzelver kinderen of afkomelingen te bevoordeelen, door erfstelling of legaat, voor zoo verre die bevoordeeling als erfstelling of legaat beschouwd, niet strijdig is, met de bepalingen hieronder omtrent uiterste willen voorkomende. Ook deze bevoordeeling wordt gerekend zich tot de kinderen uit dat huwelijk uittestrekken, zoolang niet eene tegenovergestelde bedoeling blijkbaar is.

[1]) VOORDUIN II, p. 399.

sans cette garantie, n'auraient pas eu lieu.» Eene verwarring tusschen de institution contractuelle en eene gift van tegenwoordige en toekomende goederen blijkt duidelijk uit deze woorden en uit de woorden die volgen: Cependant lorsqu'il s'agit d'une institution contractuelle, l'irrevocabilité n'a d'autre effet que, de priver le donateur de la faculté de disposer à titre gratuit des biens, compris dans l'institution. Il peut les aliener, les grèver, les transmettre à titre onereux; mais il ne peut pas les donner, si non pour des sommes modiques, ou pour des causes rénumératoires.

Wat de coutume van Auvergne reeds zoo scherp had onderscheiden, dat verwarde de Nederlandsche wetgever.

Zullen wij veel wijzer worden uit de verdere debatten? Men oordeele. Wij lezen bij Voorduin: (II 403.) «De slotsom der beraadslaging in de afdeeling was: uitsluiting van het verlof om in huwelijksvoorwaarden erfstelling of legaat te maken. De slotsom der beraadslaging in comité generaal was: het blijve geoorloofd om erfstelling of legaat in huwelijks voorwaarden te maken».

Voordat wij de artikelen van het B.W. nader onderzoeken moet eerst de hoofdvraag behandeld worden: Wordt hier van schenking òf van erfstelling gehandeld? Ik weet niet beter te doen dan het antwoord over te nemen, dat daarop door Prof. Opzoomer is gegeven. „Door welke overwegingen men eindelijk tot onze derde afdeeling gekomen is, wat men dus heeft willen uitdrukken, en door welke regtsbeschouwing men zich leiden liet, is mij geheel onbekend. Ik weet niet, waarom men het opschrift heeft veranderd, en waarom het woord *legaat* niet alleen, maar ook het woord *erfstelling*, zorgvuldig is vermeden. Of is het niet zorgvuldig, maar integendeel enkel gedachteloos geschied? Hoe de uitlegger hierover moge denken, hij is, nu de geschiedenis onzer wetgeving na 1822 hem geen licht geeft, alleen aan de woor-

den der afdeeling gebonden. Jammer maar, dat ook deze hem niet geheel uit de onzekerheid redden. Nu eens brengen zij hem op het denkbeeld, dat de zaak door den wetgever als eene bloote gift, dan weder, dat zij als eene erfstelling is opgevat.

„Tot de woorden, die het eerste denkbeeld bij hem doen opkomen, reken ik 1°. den titel der afdeeling, waar alleen van *bedongen giften* gesproken wordt; 2°. de uitdrukking van art. 224, waar de hier bedoelde bevoordeeling een gift van de *nalatenschap* heet, terwijl de conventioneele erfstelling onmiddelijk alleen op het beërven en slechts middellijk op de nalatenschap is gerigt; 3°. de bepaling van art. 225, wanneer men daarin lezen mag, dat de onderteekening der huwelijksche voorwaarden ook voor de giften der geheele of gedeeltelijke nalatenschap als aanneming geldt en er dus geen afzonderlijke aanvaarding noodig is.

„Daarentegen breng ik tot de woorden, die het tweede denkbeeld bij den uitlegger doen opkomen, 1°. de bepaling van art. 224, dat de gift óf tegenwoordige goederen moet bevatten, in welk geval zij een gewone schenking is, òf de geheele of gedeeltelijke nalatenschap, maar dat er geen erfcontract over enkele zaken bestaat; 2°. de bepaling van art. 230, die de eenvoudige toepassing is van den algemeenen regel over transmissie eener erfenis, maar die, ook blijkens art. 229, met de natuur eener schenking onmogelijk is te rijmen."

Zullen wij meer licht ontvangen door een blik op den Code te slaan? Het instituut was daar altijd eene erfstelling geweest, maar de Franschen dit volmondig toestemmende, hadden het toch dikwijls eene schenking genoemd. Die dwaling deed haar invloed gelden op den Code, men beloofde daarom de erfstellingen door overeenkomst te zullen behouden[1]),

[1]) In het rapport van den tribun Jaubert, uitgebracht namens de section

en men nam artikelen aan, waarin men men meende dat zulks was bepaald; maar bij nader inzien bleek, dat men door eene verkeerde terminologie de dwaling van vroeger nog verergerd had. Van daar strijd en verdeeldheid. Wij hooren Marcadé beweren: het instituut is eene eenvoudige schenking en de begiftigde moet afgifte vragen. Troplong ontkent dit laatste; de begiftigde is erfgenaam, zegt hij, in zooverre namelijk als dat mogelijk is, als hij is ingesteld à titre universel, en er geene wettige erfgenamen zijn, die hun recht kunnen laten gelden [1]). Hij stelt het effect van eene erfstelling door overeenkomst en van eene uiterste welsbeschikking geheel op gelijke lijn. Passen wij diezelfde beginselen toe op ons recht, en de ingestelde is volkomen erfgenaam.

Maar welke argumenten voert men aan? Marcadé zegt: de wet noemt hem geen erfgenaam. Volkomen waar, maar zoo er hier eene schenking is, dan is het toch eene schen-

---

de législation, leest men: les institutions contractuelles continueront d'être autorisées en faveur du mariage: *Motifs* IV p. 367

[1]) l'Institution contractuelle est un genre mixte de disposition, qui tient de la donation et du testament, et qui n'est à proprement parler ni l'un ni l'autre. Elle n'est pas une vraie donation, puisque la donation dessaisit le donateur, tandis que l'institution contractuelle permet même d'aliéner, à titre onéreux et de bonne foi, les biens qui y sont compris; de sorte que la règle donner et retenir ne vaut n'y a pas lieu. Elle n'est pas non plus un testament, puisqu'il est de l'essence du testament d'être essentiellement révocable, et que l'institution contractuelle n'est pas sujette à être révoquée par la volonté ambulatoire du disposant. Sans doute, elle fait un heritier comme on en peut faire un par testament, mais, à la différence de l'héritier testamentaire, l'héritier contractuel n'est pas tenu de demander la délivrance, et son contrat le saisit contre l'heritier même du sang. TROPLONG, *Droit civil expliqué. Des Donations et testaments*, tome IV, p. 497.

king die hemelsbreed van de gewone schenking verschilt. Toekomende zaken mogen niet het voorwerp zijn van schenking, zegt de Code, en hier juist wordt over eene toekomende zaak gehandeld. De schenking bewerkt dadelijke overdracht, art. 984 C. Hier is sprake van iets dat onmogelijk dadelijk kan worden overgedragen.

Nu wij weten, dat de wetgever de erfstelling heeft willen behouden, en nadat wij de dwaling van vroeger, van Pothier bovenal, aan wien hij zooveel ontleend heeft, leerden kennen, kunnen wij niet anders dan beweeren, dat in Frankrijk door de overeenkomst een erfgenaam wordt ingesteld, wanneer dit ook het gevolg zou geweest zijn van een testament. Die beperking vervalt voor ons.

Het Burgerlijk Wetboek laat ons in onzekerheid, en een beroep op de Code, die een der vruchtbaarste bronnen geweest is van ons wetboek, bevestigt ons in het gevoelen, dat erfstelling, niet schenking, het gevolg is dezer overeenkomst.

Al wilden wij toegeven, dat de woorden der wet meer aan schenking dan aan erfstelling doen denken, toch zouden wij beweeren, dat de artikelen in een gezonden zin moeten worden opgevat, en deze eischt het aannemen van eene erfstelling.

Ook hier weder nemen wij de woorden van den Hoogleeraar Opzoomer over: «Zal men, wanneer een man bij huwelijksche voorwaarden aan zijn vrouw zijn geheele nalatenschap heeft verzekerd en vóór haar komt te sterven, het redelijk achten, zijn erfgenamen ab intestato voor een oogenblik te laten optreden om een volkomen doellooze rol te spelen? Wat zal het gevolg zijn? dat die erfgenamen, de wettige en natuurlijke bloedverwanten, de erfenis eenvoudig verwerpen, waarop zij volgens art. 879 aan den langstlevenden echtgenoot vervalt. Is het niet beter, den omweg te vermijden, en de vrouw, die tot de geheele nalatenschap geroepen wordt, ook terstond als eenige erfgenaam te beschouwen.»

Ten slotte willen wij nog, met het oog op onzen titel de vragen beantwoorden: Wie mag zulke erfstellingen maken, en wien kan men instellen? Hoe en waardoor wordt dit recht opgeheven?

Wij zullen hierbij vooral te letten hebben op die bepalingen der wet, waar er andere regels gegeven zijd voor overeenkomsten dan voor testamenten, wat rechtsbevoegdheid betreft etc. Erfstelling door overeenkomst is geen uiterste wil en geen obligatoir verdrag. Het is wel eene overeenkomst maar eene, waarvan erfrecht het gevolg is. Men kan de regels die op obligatoire overeenkomsten van toepassing zijn niet zoo maar in het algemeen toepasselijk verklaren op ons instituut; want daar hier opvolging en erfrecht het onderwerp is, zal dikwijls de ratio juris, die eene bepaling voor gewone overeenkomsten deed vaststellen, hier wegvallen. Wij zullen dus telkens naar de oorzaak moeten vragen, die tot deze verschillende bepalingen aanleiding gaf, en dan doer analogisch redenering tot de geldigheid van den eenen of den anderen dier regels moeten besluiten.

Wij willen dan eerst de vraag beantwoorden: wie mag instellen? Vooreerst de eene aanstaande echtgenoot den ander; vervolgens de ouders, verdere verwanten en vreemden. Maar hier doen zich nu dadelijk eene menigte van moeilijke quaestien op.

Vooreerst ten opzichte der minderjarigheid. Wat de aanstaande echtgenooten betreft, vinden wij eene bepaling in art. 206, waarin zij gezegd worden den bijstand noodig te hebben van hen, wier toestemming tot het aangaan van het huwelijk noodzakelijk was. Wat vreemden betreft, voor hen zal de leeftijd die tot het maken van uiterste willen door de wet voldoende gerekend wordt, niet ook de bevoegdheid geven om erfstelling door overeenkomst te sluiten. De reden waarom minderjarigen de bevoegdheid missen tot het aangaan van

contracten (hunne onbezonnenheid?) is met des te meer grond toepasselijk op ons instituut.

Vervolgens de gehuwde vrouw; deze mag geene overeenkomst sluiten, zonder bijstand of machtiging van haren man, maar wel een uiterste wil maken. Is nu ook die bijstand en machtiging noodig voor het maken van een stelling door overeenkomst? Ik geloof het niet. De den harer rechtsonbevoegdheid steunt op den algemeen regel: de man is het hoofd der echtvereeniging Het testament regelt den toestand der goederen op het oogenblik van den dood, dat is van de oplossing der echtvereeniging, en geen ander is het doel der erfstellingen door overeenkomst. Omdat dus hier sprake is van hetgeen eerst teweeg gebracht zal worden op het oogenblik dat het huwelijk ontbonden is, kan de regel, die de rechtsonbevoegdheid der vrouw in het leven riep, hier niet toepasselijk verklaard worden. Het spreekt van zelf dat waar wij het recht der gehuwde vrouw erkennen om zulke erfstellingen te maken, wij dit a fortiori ook aan haar moeten toekennen, als zij van goederen gescheiden is of scheiding heeft verkregen van tafel en bed.

Wij komen tot den onder curatele gestelde ter zake van verkwisting. Ook deze mag geene obligatoire contracten sluiten, maar wel testeeren. De oorzaak dezer curatele is om te beletten dat hij door onmatige en onnutte verteringen zich zelven in armoede en ongeluk zou storten. Dat niet het bewaren van het fortuin ten voordeele zijner betrekkingen het doel is, blijkt daaruit dat hem het recht van testeeren gelaten is. De reden der curatele is dus niet van toepassing op handelingen die zijne nalatenschap betreffen; van daar dat het maken van een uitersten wil hem geoorloofd is, en dat het maken van erfstellingen door overeenkomst hem moet worden toegekend.

In het Fransche recht treffen wij nog eene beperking aan,

ten aanzien der personen die dergelijke instelling kunnen maken; de institution contractuelle is daar alleen toegestaan aan derden, niet aan de echtgenooten zelven, en met recht. De behoefte, waarin de erfstelling door overeenkomst voorzag, en die oorzaak was dat zij bestaan bleef, ook toen het Leenstelsel, waaruit zij haar oorsprong genomen had, geheel verdwenen was, was het begunstigen en mogelijk maken van huwelijken, en daarin kan wel worden voorzien door eene erfstelling, die door derden geschiedt, maar tusschen de echtgenooten zelven is zij een onding, dat alleen in stand bleef, omdat men zich van de zaak zelve geen helder begrip vormde. Het zijn dus alleen ouders en verdere bloedverwanten of vreemden, die kunnen instellen.

De vragen, die zich voordoen in het Nederl. recht, moeten voor het Fransche op dezelfde wijze beantwoord worden, wat den minderjarige betreft en de gehuwde vrouw, omdat dezelfde ratio legis aan beide wetgevingen ten grondslag ligt. Troplong geeft een ander antwoord, omdat hij uitgaat van het beginsel, dat de Institution contractuelle als eene vereeniging van erfstelling en overeenkomst, alleen kan geschieden door die personen die de bevoegdheid bezitten tot beide; maar die redenering gaat, dunkt mij, niet op. Indien iemand wel uiterste wilsbeschikkingen maken mag, maar geen overeenkomsten sluiten, dan moet onderzocht worden, uit welk beginsel dit voortvloeit. De vraag naar de bevoegdheid om erfstellingen door overeenkomst te maken moet dus bebeantwoord worden door te onderzoeken, of de oorzaak, waarom handelingen onder de levenden verboden en erfstellingen geoorloofd zijn, hier toepasselijk is.

Wat den wegens verkwisting onder curatelen gestelde aangaat, dezen kent de Code niet. Alleen wordt den verkwister een raadsman toegevoegd die hem moest bijstaan bij bepaald opgenoemde handelingen; die bepalingen mogen niet

worden uitgebreid, en aangezien erfstelling door overeenkomst daaronder niet is vermeld, moet hem het recht worden toegekend, die zonder bijstaud te maken.

Wie kan worden ingesteld? Hierover is ons B. W. zeer duidelijk. Alleen de aanstaande echtgenooten of een van beiden, en zoo het derden zijn die instellen, wordt de erfstelling, bij vooroverlijden der ouders, gerekend ook gedaan te zijn ten voordeele van de kinderen, in het huwelijk te verwekken. Hieruit volgt vooreerst, dat de kinderen niet kunnen worden ingesteld met voorbijgang der ouders, voorts dat, voor het geval van vooroverlijden van den ingestelden erfgenaam, niet de oudste zoon alleen mag worden ingesteld; eindelijk is een bekende twistvraag van het Fransche recht uitgemaakt, en bepaald dat de kinderen mogen worden uitgesloten.

Zijn de kinderen in het bovenvermelde geval gesubstitueerd? Natuurlijk niet fidei-commissair, want de ouders zijn niet verplicht te bewaren en uit te keeren; pupillaire substitutie kent ons wetboek niet; — er blijft dus alleen vulgaire substitutie over. Dat het hier aanwezig zou zijn, wordt van de eene zijde beweerd, van de andere zijde tegengesproken. Eene gewone vulgaire substitutie is zij niet, naar ik meen, want dan moet de gesubstitueerde leven op het oogenblik dat de erflater sterft, en deze heeft plaats wanneer een geroepen erfgenaam de erfenis niet geniet, dus ook in het geval dat de erfenis wordt verworpen, en in dat geval gaat zij hier niet over op de kinderen, wat wel het geval zou zijn, zoo er hier vulgaire substitutie was

Wat zal het gevolg zijn, als, behalve de echtgenooten of een van hen, nog anderen zijn ingesteld? Voor dat gedeelte zal dan de gift van onwaarde zijn, maar aan wien valt dat deel dan toe, aan den ingestelden of aan den erfgenaam ab intestato? Men zal hier moeten onderscheiden. Als de erflater de echtgenooten en N. N. tot zijne erfgenamen heeft inge-

steld, zal het deel van N. N. aan de ingestelden toevallen, maar als de instelling het deel bepaalde, namelijk de echtgenooten voor de helft en N. N. voor de wederhelft, zal dit gedeelte aan den erfgenaam ab intestato toevallen.

Wordt onder de kinderen, in art. 233 vermeld, op wie de instelling geacht wordt overtegaan ook, begrepen het natuurlijke kind, dat door een opvolgend huwelijk gewettigd wordt? Ik geloof, dat wij op grond van art. 332 B. W., bevestigend kunnen antwoorden.

De ingestelde erfgenaam kan, bij zijnen dood, zijnen kinderen hun recht van opvolging niet ontnemen, en evenmin mag hij beschikkingen maken waardoor het alleen b. v. aan den oudsten zoon zou toekomen. De natuurlijke zoon mag bij erfstelling door overeenkomst niet meer ontvangen dan hij ab intestato zou kunnen verkrijgen.

De erflater mag de kinderen uitsluiten; dus mag hij zich ook het recht voorbehouden om later te kiezen, wie der kinderen hij wil instellen.

Ook in het Fransche Recht gelden diezelfde bepalingen. De erfstelling kan alleen geschieden ten voordeele der echtgenooten en, bij vooroverlijden van dezen gaat het recht over op de kinderen. Men moet de beide alinea's van art. 1082 C. N. verbinden; daaruit blijkt dat beiden, of een van beiden, kunnen worden ingesteld; dat, zoo zij sterven, hunne kinderen of verdere nakomelingen rechtverkrijgenden zijn, maar dat zij dit alleen zijn, krachtens het vermoeden dat zoo de bedoeling was der overeenkomst. Daarom ook kunnen de kinderen uitdrukkelijk worden uitgesloten, wat door sommigen, maar ik meen ten onrechte, ontkend wordt. Ook hier is het eene vulgaire substitutie; krachtens deze komen de kinderen op, niet jure repraesentationis maar jure suo; concurreeren nu echter kinderen met kleinkinderen dan komen deze laatsten jurerepraesentationis.

In Frankrijk was vroeger la clause d'association zeer gebruikelijk, maar thans is die, even als bij ons, nietig. Aan wien dit zoo vrijvallend gedeelte toekomt, is zeer bestreden; volgens de meening van latere schrijvers is het eene vraag van interpretatie, en moet men een onderzoek instellen naar den wil van den insteller.

Wat den natuurlijken zoon betreft, die door het huwelijk wordt gewettigd, daaromtrent moet, om de uitdrukkelijke bepaling der wet, een ander antwoord gegeven worden voor het Fransche dan voor het Nederlandsche recht. Wel vinden wij ook in art. 333 C. N. de bepaling van ons art. 332 terug, en is de reden waarom deze erfstelling werd toegelaten, bevoordeeling van het huwelijk, ook hier in dubbele mate van toepassing, maar de woorden van art. 1082, «les enfants à naître», snijden elk verder onderzoek af.

Daar alleen de echtgenooten kunnen worden ingesteld, heeft ook alleen tusschen hen het recht van aanwas plaats.

Op welke wijze moeten zulke erfstellingen geschieden?

Bij de huwelijksvoorwaarden of, als het derden zijn die instellen, ook bij afzonderlijke notarieële akte, vóór het aangaan van het huwelijk en ter zake daarvan, verleden. Dan is er echter aanneming noodig. De erfstelling moet dus altijd geschieden bij notarieële akte, en veranderingen kunnen daarin, vóór het huwelijk, alleen op dezelfde wijze, worden gemaaktt.

Zij kan voorts geschieden onder voorwaarden, wier uitvoering van den wil des schenkers afhankelijk is. Men heeft eerst gemeend, dat deze bepaling in strijd was met art. 1292a; later dat zij niet eene exceptie was op de eerste alinea van dat artikel, maar een gevolg van de 2 alinea. Dit werd beweerd door hen, die in ons instituut eene schenking zagen. Voor ons, die er eene erfstelling in zien, komt deze quaestie niet te pas, maar wij moeten ons bezig houden

met het beantwoorden eener andere vraag, namelijk: geldt hier art. 1290 of art. 935 B. W?

Van het verschil tusschen die beide artikelen wist reeds Gajus zich geen rekenschap te geven, en wij, niet gebonden aan eenige positieve bepaling, kunnen hier van toepassing verklaren, wat ons het redelijkst voorkomt, en dan verdient de Proculeaansche zienswijze, die ook in het Oostenrijksche Wetboek is gehuldigd, verre de voorkeur. De onmogelijke en onzedelijke voorwaarden vernietigen de erfstelling.

Van een dies kan hier natuurlijk geen sprake zijn wegens het: semel heres semper heres.

Van een modus? Ook hierover komt geen enkele bepaling voor.

Zal het b.v. geoorloofd zijn een der echtgenooten in te stellen, met den last om te deelen met een ander, of met den last om aan broeders en zusters legitime te geven? Dit laatste is stellig niet geldig. De legitime mag niet verkort worden, en de wettelijke legitimarissen komen ipso jure op Ook het eerste beding kan niet geldig verklaard worden; wat ware het anders dan eene erfstelling door overeenkomst van anderen dan die de wet toestaat in te stellen?

Een last daarentegen om b.v. een grafsteen op te richten of iets dergelijks is geoorloofd.

Het resultaat, waartoe wij komen, is derhalve dit:

Even als onder eene voorwaarde, mag de erfstelling door overeenkomst ook geschieden onder een modus, tenzij de inhoud daarvan strijdt met de regelen van ons instituut.

Wat den vorm aangaat, waarin de erfstelling moet plaats hebben, deze is in het Fransche recht nog meer beperkt dan in het Nederlandsche. Terwijl volgens dit laatste in elke notarieële akte, zoo het slechts geschiedt vóór het aangaan van het huwelijk, de erfstelling geoorloofd is, biedt in Frankrijk, volgens de thans algemeen gehuldigde leer, alleen het huwelijkscontract zelf, daartoe de gelegenheid aan.

Omdat hier van erfstelling, niet van schenking sprake is, is er geene overschrijving noodig, evenmin als in het oude recht insinuatie.

Wat is nu het gevolg van eene erfstelling door overeenkomst Zij geeft eenen nieuwen titel van delatie. Men heeft wel eens beweerd, dat aanvaarding niet noodig was, vooreerst om den regel „le mort saisit le vif", en ten andere omdat men meende, dat de aanneming voor de aanvaarding in de plaats trad. Geheel ten onrechte. De bedoelde regel geldt alleen ab intestato, en de aanneming kan de aanvaarding niet vervangen.

Alleen het recht om na den dood te kunnen aanvaarden was het onderwerp van de overeenkomst en van daar dat ook de contractueele erfgenaam het beneficium inventarii zal kunnen gebruiken. Hij zal dus ook kunnnen verwerpen; maar mag hij dan ab intestato aanvaarden?

De Fransche juristen antwoorden bevestigend, met eene uitzondering alleen voor het geval, dat de ingestelde erfgenaam ab intestato is, en er in de erfstelling voorwaarden of modi zijn opgenomen; dan, meenen zij, is er bij verwerping dolus, omdat de erflater gebonden is geweest, zoodat hij geene andere beschikkingen heeft kunnen maken. Dit zal echter wel meestal het geval zijn, en daarom geloof ik dat den ingestelde dit recht nooit moet toegekend worden.

Volgens art. 228 B. W. mag de erflater niet meer om niet beschikken, behalve over geringe sommen, tot belooning, terwijl toch, volgens de regelen der erfstelling door overeenkomst, hier in het algemeen vrije beschikking zou moeten zijn toegekend. Maar men maakte de aanmerking, dat daardoor indirect de herroeping zou worden mogelijk gemaakt en zoo kwam deze bepaling in ons B. W. Indien nu toch de erflater om niet beschikt, kan de ingestelde erfgenaam daar natuurlijk tegen opkomen. Er zijn schrijvers

die hem eene revindicatie toekennen, maar aangezien wij niet aannemen dat hij een zakelijk recht heeft verkregen op het vermogen, kunnen wij dit niet toestemmen.

De schenking zelve is echter nietig; zijn het roerende zaken, dan zal de bezitter, volgens art. 2014, die kunnen behouden, maar onroerende zal men kunnen terug vorderen. Wanneer? natuurlijk eerst na den dood, als de ingestelde heeft aanvaard, en hij zal dan kunnen gebruik maken van de hereditatis petitio, de rechtsvordering van 881, die ieder erfgenaam en dus ook de contractueele heeft.

Het gevolg der overeenkomst is een geheel ander in Frankrijk dan bij ons. De bevoegdheid, die de erflater behoudt, is omschreven in art. 1083 C. N. De erfstelling is onherroepelijk, in zooverre dat de erflater om niet slechts beschikken mag over geringe sommen. Wij zagen hoe men tot deze bepaling kwam, die strijdig is met de natuur der erfstelling. De vrees voor middelijke herroeping en de verwarring met de schenking gaven daartoe aanleiding. Het recht van den erfgenaam is een zeer betwist punt. Men kent den Franschen hoofdregel, die nog thans het erfrecht beheerscht: solus Deus heredem facere potest, non homo. De erflater kan slechts «légataires» maken. Daarop zijn nu echter twee uitzonderingen, vooreerst bij eene erfstelling onder algemeene titel bij testament (institution universelle) wanneer er geene wettige erfgenamen zijn, en vervolgens in ons geval; de door overeenkomst ingestelde wordt gesaisisseerd, krachtens de overeenkomst, en is daardoor bevoegd om afgifte te vragen. Volgens de artt. 938, 1138 en 1585 C. N. draagt eenvoudige wilsovereenstemming zonder overgave den eigendom over. Die artikelen zijn hier beslissend. De Institution contractuelle draagt niet den eigendom over van een zaak, maar van een recht van opvolging, en hierin verschilt de ingestelde erfgenaam van den legataris.

Hij kan ingesteld worden voor het geheel of een gedeelte, maar niet voor eene enkele zaak; dan is het geene institution contractuelle, evenmin als er in Duitschland sprake kan zijn van een «particulares Erbvertrag». Hij kan dan aanvaarden, en gebruik maken van het beneficium inventarii, even als een gewoon erfgenaam, en is eveneens tot het betalen der schulden gehouden.

Men kan niet tegenwerpen, dat de erflater het recht mist, om een erfgenaam te maken, en alleen legatarissen kan instellen. Dat vinden wij nergens bepaald, maar alleen dit: dat hij door een uiterste wilsbeschikking, door eene eenzijdige handeling alzoo, geene erfgenamen, maar legatarissen maakt. Tusschen dit en zijne absolute onbevoegdheid is een groot onderscheid.

Wij komen tot de wijzen, waarop de erfstelling door overeenkomst vervalt of opgeheven wordt.

Vooreerst: als het huwelijk niet doorgaat, en al is dit doorgegaan, bij echtscheiding en bij scheiding van tafel en bed.

Wanneer iemand om onwaardigheid is uitgesloten van de wettelijke erfopvolging, zal dit ook het geval zijn bij contractuele erfstellingen.

Vervolgens: tusschen echtgenooten, als de begiftigde echtgenoot eerst sterft en, als een derde de instelling gedaan heeft en deze de afkomelingen uit dat huwelijk overleeft.

Maar kan de instelling later worden vernietigd? Ook wegens ondankbaarheid? Juist omdat wij hier geene schenking, maar erfstelling aannemen, en uit kracht der uitdrukkelijke bepaling van art. 228, antwoorden wij ontkennend.

De groote vraag, die in Duitschland zoovele pennen in beweging bracht, of verkorting van het Notherben-Recht de vernietiging der geheele erfstelling na zich sleepte, of alleen van het te boven gegane gedeelte, vinden wij in ons wetboek uitgemaakt door de artikelen 223 en 231.

Eindelijk kan uithoofde der niet voldoening aan de voorwaarden kan de erfstelling worden herroepen.

Op welke wijzen gaat de erfstelling in Frankrijk te niet?

Ook hier behoeven wij, na de behandeling van het Nederlandsche recht, slechts een paar punten aan te stippen.

Dat bij vooroverlijden der echtgenooten, of van hunne, uit dat huwelijk geboren, afstammelingen, de erfstelling vervalt, leert art. 1089 C. C.

Verder vinden wij in het Fransche wetboek nog van een ander geval melding, waarin de instelling herroepen wordt, en die in het B. W. niet vermeld is, nam.: dat wegens nageboren kinderen de erfstelling vernietigd wordt, blijkt uit art. 960.

Op dien regel wordt slechts ééne uitzondering toegelaten voor het geval dat het de adscendenten geweest zijn die instelden. Dezen toch konden voorzien dat er meerdere kinderen te wachten waren. Maar wegens ondankbaarheid kan de erfstelling niet worden herroepen, volgens het gevoelen van de meeste schrijvers, omdat die in de erfstelling geene schenking zien. Dat, indien de legitimarissen hun aandeel niet verkregen hebben, de erfstelling niet nietig is, maar verminderd wordt, leert art. 1090.

ERRATA.

bladz.	5,	regel	11,	*staat:*	herroepelijk,	*lees:*	onherroepelijk.
„	77,	„	4,	„	Bonifacius IV,	„	Bonifacius VIII.

STELLINGEN.

I.

Met recht beweert Jhering Beiträge zur Lehre vom Besitz, p. 166.

«Der Gegensatz zwisschen animus possidendi und alieno nomine detinendi findet nur in dem Gesichtspunkt der Thatsächlichkeit des Eigenthums eine befriedigende Erklärung.

II.

Het Romeinsche recht kent eene substitutio vulgaris tacita.

III.

Bij de Romeinen waren ook tusschen soldaten erfstellingen door overeenkomst ongeoorloofd. (Lex 19 C. de pact.)

IV.

Art. 1287 B.W. verbiedt niet dat men vooruit interessen van interessen bedinge, mits zij slechts voor een geheel jaar verschuldigd zijn.

V.

Voor overdracht van certifikaten van W.S. wordt geene anthentieke akte vereischt.

VI.

Art. 1638 B.W. verdient afkeuring.

VII.

Terecht beweert Marcadé IV 350 que le dol ne constitue pas réellement un vice du consentement.

VIII.

De giften van de nalatenschap waarvan sprake is in de 3e en 4e afdeeling van den achtsten titel van het eerste boek van het B.W. moeten als erfstellingen beschouwd worden.

IX.

De gehuwde vrouw mag zonder toestemming van haren man zoodanige erfstelling doen.

X.

Ten onrechte beweert Holtius, Faillitenrecht pag. 490, dat Surséance door den Koning kan verleend worden.

XI.

Ons Wetboek van Koophandel erkent geen judicium universale met vis attractiva.

XII.

De Nederlandsche rechter is niet bevoegd recht te spreken tusschen vreemdelingen.

XIII.

Het is wenschelijk dat eene aanstaande permanente commissie van wetgeving, de wenk van Rossi ter harte neme: de quel côté qu'on envisage la question, toujours est-il qu'il vaut mieux renoncer à la pompe d'un Code, et proceder par lois partielles, detachées. Elles sont plus faciles à bien faire, plus faciles à corriger, elles se prêtent mieux à la réforme progressive et continue, réforme qui est dans la nature des chôses, dans la nature de l'homme et de ses devoirs.

XIV.

Er bestaat tentative de faux temoignage.

XV.

Kindermoord kan alleen door de moeder gepleegd worden.

XVI.

De Kruiwagen-straf wordt ten onrechte als eene lijf- en onteerende straf beschouwd.

XVII.

Uitvoering van de straf van deportatie is wenschelijk.

XVIII.

Terecht beweert Mr. de Bosch Kemper dat niet alle heimelijke bespieding door policie-agenten is aftekeuren.

XIX.

Stemrecht behoorde aan de vrouwen verleend te worden.

XX.

Algemeene dienstpligtigheid is aanbevelenswaardig.

XXI.

Het staatsrechtelijk beginsel der legitimiteit en dat der volkskeuze, zal niet wel kunnen zamensmelten, zoodat eene fusie tusschen de oudere en jongere tak der Bourbons niet wenschelijk is.

XXII.

Het is een waar woord van Emile de Laveleije, Revue des Deux Mondes 1 Nov. 1867 p. 12. Le patriotisme n'est pas un de

ces instincts innés, éternels, comme celui de la famille; il n'a pas toujours existé, il n'existera pas toujours. Quand on trouvera en tout pays même sécurité, même liberté, mêmes droits, on considérera la terre entière comme sa patrie et tous les hommes comme des frères. Déjà maintenant on tend au cosmopolitisme.

XXIII.

Met recht zegt Stuart Mill, Political Economy p. 136. (people's edition) I see no reason why collateral inheritance should exist at all. If there are no heirs either in the descending or in the ascending line, the property, in case of intestacy, should escheat to the state.

XXIV.

Terecht beweert Buckle, History of Civ. I 48. Brockhaus Edition. That the distribution of wealth, is like its creation governed entirely by physical laws.

XXV.

Met recht hekelt Cherbuliez, le potage à la tortue, p. 46, het Communisme, zeggende: la communauté de biens n'est qu'une communauté de misère.



